

Die Zugehörigkeit eines Arbeitnehmers
zu einem Konzern als Rechtsproblem
des BetrAVG

von
Rudolf Weyer
aus Köln

Duss
Erlangen
1984

Die Zugehörigkeit eines Arbeitnehmers zu einem Konzern als Rechtsproblem des BetrAVG

Inaugural - Dissertation
der Juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität
Erlangen - Nürnberg

vorgelegt von
Rudolf Weyer
aus Köln

Referent: Professor Dr. Wolfgang Blomeyer

Dekan: Professor Dr. Max Vollkommer

Tag der mündlichen Doktorprüfung: 13.12.1984

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Literaturverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XXXIV
1. Kapitel: Einleitung	1
I. Allgemeine Problemlage	1
II. Problemlage im BetrAVG	2
III. Lösungsweg	4
2. Kapitel: "Konzernzugehörigkeit" des Arbeitnehmers als "Betriebszugehörigkeit" i.S.d. BetrAVG?	6
A. Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers im Sinne eines zeit- und organisationsbezogenen Tatbestandsmerkmals	6
1. Betriebszugehörigkeit als Anknüpfungspunkt	7
2. Bestehen des Arbeitsverhältnisses als Anknüpfungspunkt	8
3. Ausgangspunkt im BetrAVG: Betriebszugehörigkeit	9
B. Allgemeingültiger Betriebszugehörigkeitsbegriff?	9
1. Rechtlicher Betriebsbegriff als Oberbegriff	10
a) Soziologischer Betriebsbegriff	10
b) Wirtschaftswissenschaftlicher Betriebsbegriff	11
c) Juristischer Betriebsbegriff	11
d) Alleinige Relevanz des juristischen Betriebsbegriffes für die juristische Arbeitsweise	13
2. Erfordernis der normzweckorientierten Auslegung	14
a) Begriff der Betriebszugehörigkeit im BetrVG	15

aa) Begriffspaar Betrieb - Unternehmen	16
bb) Betriebszugehörigkeit - Dauer des Arbeitsverhältnisses	18
cc) Normzweck des BetrVG	20
b) Begriff der Betriebszugehörigkeit im KSchG 1969	21
aa) Betrieb - Unternehmen	22
bb) Arbeitsverhältnis - Betriebszugehörigkeit	23
cc) Entstehungsgeschichte und Normzweck des KSchG	25
c) Begriff der Betriebszugehörigkeit im BetrAVG	26
aa) Begriffe Betrieb - Unternehmen - Arbeitgeber	26
bb) Normzweck des BetrAVG - Entstehungsgeschichte	27
C. Normzweckorientierte Auslegung des Betriebszugehörigkeitsbegriffes im BetrAVG	33
D. Ergebnis	37
3. Kapitel: Der aktienrechtliche Konzernbegriff	39
A. Einführung: Bedeutung des aktienrechtlichen Konzernbegriffs für das Arbeitsrecht	39
B. Konzernbegriff in § 18 AktG	41
I. Der Unterordnungskonzern	42
II. Der Gleichordnungskonzern	43
C. Einheit und Vielheit im Konzern	44
I. Rechtlich selbständige Unternehmen	45
1. Konzernrechtlicher Unternehmensbegriff	45
2. Wirtschaftliche Selbständigkeit	47
II. Einheitliche Leitung	48
1. Funktionsverteilung im Konzern	48

2. Wirtschaftliche Einheit des Konzerns	50
a) Biedenkopf-Koppensteiner/Meckmäcker	51
b) Geßler	51
c) Eigene Meinung	52
D. Konzern und Unternehmen	55
I. Konzern in wirtschaftswissenschaftlicher Sicht	56
II. Konzern in rechtswissenschaftlicher Sicht	57
1. Der steuerrechtliche Konzernbegriff	58
2. Der aktienrechtliche Konzernbegriff	60
a) Unternehmen und Unternehmer	60
(1) Herrschende Meinung	60
(2) Unternehmen als juristische Person	61
(3) Kritik	64
b) Konzern als Unternehmen	67
(1) Unterordnungskonzern	67
(2) Gleichordnungskonzern	75
(3) Ergebnis	79
4. Kapitel: Der Konzern als rechtlicher Arbeitgeber	80
A. Methodische Vorüberlegungen	80
I. Rezeption des aktienrechtlichen Konzernbegriffs in das Arbeitsrecht durch gesetzliche Verweisung	81
II. Rezeption des aktienrechtlichen Konzernbegriffs als allgemeinen Gattungsbegriff	83
B. Konzern als Arbeitgeber kraft Arbeitsvertrages	84
I. Vertrag und Eingliederung	84
1. Ältere Eingliederungstheorie	85

2. Herrschende Meinung: Bedeutung der Unterscheidung	85
II. Konzern als Arbeitsvertragspartner	87
1. Konsequenz des gesellschaftsrechtlichen Konzernbegriffs	88
2. Durchbrechung dieses Prinzips aufgrund des Schutzzwecks des Arbeitsrechts	89
a) These Ramms	90
b) Verbandsrechtliche Theorie	91
3. Auswirkung auf das BetrAVG	92
a) Normzweck des BetrAVG	92
b) Modifizierung des Konzernbegriffs durch das BetrAVG?	93
aa) Konzernobergesellschaft als Arbeitsvertragspartner	94
aaa) § 1 Abs. 1 S. 1 Alt. 2	94
bbb) § 7 Abs. 1	95
ccc) § 16	100
bb) Konzern als sozialer Verband	101
III. Ergebnis	102
C. Konzern als Arbeitgeber kraft Weisungsrecht	102
I. Arbeitsleistung und Weisungsrecht	102
II. Der funktionelle Arbeitgeberbegriff	103
1. Im engeren Sinn	103
2. Konkreter und abstrakter Arbeitgeberbegriff	104
III. Konzern als Arbeitgeber kraft Ausübung der Arbeitgeberfunktion	105
1. Mangelnde Rechtsfähigkeit	105
2. Mangelndes arbeitsrechtliches Weisungsrecht	106
IV. Ergebnis	109

5. Kapitel: Konzern als "wirtschaftlicher"	
Arbeitgeber im Arbeitsrecht	110
A. "Wirtschaftlicher" Arbeitgeberbegriff	110
B. Aufgespaltener Arbeitgeberbegriff - einheitliches Arbeitsverhältnis	111
I. Voraussetzung: Arbeitsverhältnis mit Drittbeziehung	113
1. Abgrenzung der bloßen Arbeits- berührung	114
2. Wechsel der Konzerngesellschaften	115
a) Auf eigenen Wunsch	115
b) Auf fremde Veranlassung	115
3. Arbeitsvertragliche Verpflichtung zur Arbeitsleistung in allen Konzern- gesellschaften (Abdingbarkeit des § 613 S. 2 BGB)	116
a) Anstellung bei Muttergesellschaft im Unterordnungskonzern	117
b) Anstellung bei Tochtergesellschaft	117
c) Anstellung im Gleichordnungskonzern	117
d) Anstellung bei Personengesellschaft ("Société du gestion du personel")	118
4. Anstellung von mehreren Konzernge- sellschaften gleichzeitig	118
II. Rechtliche Einordnung	119
1. Mittelbares Arbeitsverhältnis	119
2. Leiharbeitsverhältnis	121
a) Begriff	123
b) Anwendbarkeit des AUG im Konzern	124
c) Rechtsnatur des Leiharbeitsver- hältnisses im Konzern	125
aa) Montage- und Servicepersonal (Unternehmensarbeiter)	126
bb) "Echte" Leiharbeitnehmer	129

aaa) Entleiher als Erfüllungs- gehilfe des Verleihers	131
bbb) Neue Eingliederungstheorie	132
ccc) Doppelarbeitsverhältnis	132
ddd) Partielle Vertragsübernahme	134
eee) Vertragsbeitritt	135
fff) Gesetzliches Schutzver- hältnis	138
ggg) Entleiher als "Arbeitgeber" aus abgeleitetem Recht	140
3. Einheitliches Arbeitsverhältnis	149
6. Kapitel: Konzern als "wirtschaftlicher" Arbeitgeber im BetrAVG?	150
A. Methodische Vorüberlegung Zielsetzung des Gesetzes	150
1. Unverfallbarkeitsvoraussetzung	150
2. Insolvenzschutz	152
3. Inflationsschutz	153
B. Konzern als wirtschaftliche Einheit im BetrAVG	154
I. Konzernbegriff im BetrAVG	155
1. Unterordnungskonzern	155
2. Gleichordnungskonzern	156
3. GmbH & Co. KG	157
II. Ausgangspunkt: der Arbeitgeber als Rechtssubjekt	160
1. Keine Legaldefinition des Arbeit- geberbegriffs	160
2. Arbeitgeberbegriff als Gattungsbegriff	161
3. Ausgangspunkt in § 1	163
4. Ausgangspunkt in § 4	165
5. Ausgangspunkt in § 7	166

6. Ausgangspunkt in § 10	166
7. Ausgangspunkt in § 16	167
8. Arbeitgeber als Zurechnungssubjekt	167
III. Auswirkung von Drittbeziehungen auf die Arbeitgeberstellung im Konzern	168
1. Versorgungszusage von dritter (anderer) Konzerngesellschaft	169
a) Als Erfüllung einer Zusage des Beschäftigungsunternehmens	169
b) Eigenständige Versorgungszusage	170
c) Rechtliche Einordnung	171
2. Arbeitsverhältnisse mit Drittbeteiligung im Konzern	172
a) Im Unterordnungskonzern	173
b) Im Gleichordnungskonzern	183
3. Gleichbehandlungsgrundsatz im Konzern	188
4. Vertrauensschutz	195
5. Ergebnis	200
IV. Insolvenzschutz und Arbeitgeberstellung (§§ 7 ff. BetrAVG)	201
1. Der Konzern im Konkurs	203
a) Konkursfähigkeit des Konzerns	204
b) Mithaftung aufgrund vertraglicher Vereinbarung	204
c) Mithaftung aufgrund gesetzlicher Haftungsnormen	205
aa) Vertragskonzern	205
bb) Faktischer Konzern	206
cc) Eingliederungskonzern	207
dd) Durchgriffshaftung	207

2. Stellung der anspruchsberechtigten Arbeitnehmer und Betriebsrentner im Konkurs eines Konzernunternehmens	208
a) Konkurs eines außenstehenden Konzernunternehmens	209
b) Konkurs des Arbeitgeberunternehmens, das die Versorgungszusage erteilt hat	209
c) Konkurs eines außenstehenden Konzernunternehmens, das die Versorgungszusage erteilt hat	211
aa) Versorgungszusage in Erfüllung des Arbeitsvertrages	212
bb) Versorgungszusage ohne Bezug zum Arbeitsvertrag	215
3. Wirtschaftliche Notlage des Arbeitgebers	217
a) Bezugspunkt der Vorschrift	218
b) Wirtschaftliche Lage des Konzernunternehmens	218
aa) Unterordnungskonzern	219
bb) Gleichordnungskonzern	220
4. Ergebnis	220
V. Wirtschaftliche Lage des Konzerns und Arbeitgeberstellung	221
a) Konzern als "Arbeitgeber" i.S.d. § 16 BetrAVG	223
b) Beeinflussung des Gesellschaftsergebnisses durch konzernpolitische Entscheidungen	230
c) Orientierung der Betriebsrente am Konzernergebnis	234
VI. Steuerrechtliche Erwägungen	236
VII. Ergebnis	238
7. Kapitel: Zusammenfassung	239

Literaturverzeichnis

- Adler/Düring/Schmaltz: Rechnungslegung und Prüfung der Aktiengesellschaft, Handkommentar, 3 Bde, 4. Aufl., Stuttgart 1968
- Albrecht: Das ruhende Arbeitsverhältnis, Diss. Heidelberg 1965
- Ahrendt/Förster/Rössler: Rechtsprechung zur Anpassung von Betriebsrenten auf dem Prüfstand - Kritische Analyse der Entscheidungen des BAG vom 17.1.1980 auf ihre rechtlichen und praktischen Konsequenzen, BB 1980, Beilage 6
- Ahrendt/Förster/Rühmann: Die ablösende Betriebsvereinbarung - Instrument zur Anpassung betrieblicher Versorgungsregelungen, DB 1982, S. 224
- Arbeitskreis Dr. Krähe: Konzernorganisation, Hrsg.: Schmalenbach-Gesellschaft, 2. Aufl., Köln/Opladen 1964
- Bachelin H.: Der konzernrechtliche Minderheitenschutz, Köln 1969
- Bälz, U.: Einheit und Vielheit im Konzern, in: Festschrift für L. Raiser, Tübingen 1974
- Ballerstedt, K.: Was ist Unternehmensrecht? in Festschrift für K. Duden, München 1977, S. 15
- Baumbach/Duden/Hopf: Handelsgesetzbuch, 25. Aufl., München 1983
- Baumbach/Hueck: Aktiengesetz, 13. Aufl., München 1968 mit Nachtrag von 1970
- Becker/Wulfgramm: Kommentar zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 2. Aufl., Neuwied/Darmstadt 1981
- Beinert/Hennerkes/Binz: Die GmbH & Co. - ein mitbestimmungspflichtiger In-Sich-Konzern? DB 1979, S. 68
- Benner/Bals: Welche Zuwendungen des Arbeitgebers an den Arbeitnehmer sind Entgelt im Sinne der Sozialversicherung und Arbeitslohn im Sinne des Lohnsteuerrechts?, BB 1974, Beilage 11

Berkowsky, W.: Aktuelle Probleme im Recht der betriebsbedingten Kündigung, NJW 1983, S. 1292

Beye, C. J.: Die steuerlichen Verwaltungsvorschriften zum Betriebsrentengesetz aus der Sicht des Gutachters, BetrAV 1975, S. 208

Biedenkopf-Bericht: Mitbestimmungsbericht, BT-DS 6/334

Biedenkopf-Säcker: Grenzen der Mitbestimmung in kommunalen Versorgungsunternehmen, ZfA 1971, S. 211

Binder, M.: Allgemeine und rechtliche Aspekte der Mobilität von Arbeitnehmern, ZfA 1978, S. 75

Birk, R.: Die arbeitsrechtliche Leitungsmacht, Köln usw. 1973

Die Rechtsprechung des BAG im Jahre 1973, ZfA 1974, S. 441

Birkner-Kuschyk/Tschöpe: Neue Aspekte zur krankheitsbedingten Kündigung, DB 1981, S. 264

Blomeyer, J.: Die Rechtsnatur der Gesamthand, JR 1971, S. 397

Blomeyer, W.: Der Betriebsrentner im Spannungsfeld zwischen Arbeitgeber, Unternehmen, Begleichung und Insolvenzversicherung, dargestellt am Problem der Ruhegeldkürzung bei wirtschaftlicher Notlage des Unternehmens, RdA 1977, S. 1

Richterliche Rechtsfortbildung und betriebliche Altersversorgung, BetrAV 1979, S. 78

Beginn der Unverfallbarkeitsfristen gem. § 1 Abs. 1 BetrAVG bei betrieblicher Altersversorgung durch Direktversicherung, DB 1979, S. 835

Betriebliche Altersversorgung und Unterstützungskassen, BB 1980, S. 789

Die zulässige Ungleichbehandlung im Arbeitsrecht, in: Festschrift für G. Müller, Berlin 1981, S. 51

Gedanken zur Beurteilung der wirtschaftlichen Lage des Arbeitgebers bei der Renten Anpassung Gem. § 16 BetrAVG, RdA 1983, S. 152

- Blomeyer, W.: Außergesetzliche Schranken für die Anrechnung und Berücksichtigung anderweitiger Ruhestandseinkünfte in der betrieblichen Altersversorgung, DB 1982, S. 952
- Der Bestandsschutz der Ruhegeldanwartschaften bei einer Einschränkung der betrieblichen Altersversorgung, in: Festschrift für M. L. Hilger und H. Stumpf, München 1983, S. 41
- Blomeyer, W./Otto, K.: Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung, Kommentar, München 1984
- Bobrowski/Gaul: Das Arbeitsrecht im Betrieb, 7. Aufl., Heidelberg 1979
- Boettcher/Hax/Kunze/v. Nell-Breuning/Ortlieb/Preller: Unternehmensverfassung als gesellschaftspolitische Forderung, 1968 (Sechserbericht)
- Böttcher/Beinert/Hennerkes/Binz: GmbH & Co., 6. Aufl., Wiesbaden 1979
- Böttcher, E.: Der Anspruch auf Gleichbehandlung im Arbeitsrecht, RdA 1953, S. 161
- Der Ansatz des Gleichbehandlungsanspruchs im Arbeitsrecht, RdA 1957, S. 317
- Bönnstein, U.: Die einkommensteuerliche Behandlung der freiwilligen betrieblichen Altersversorgung, DStZ 1960, S. 261
- Boewer: Mitbestimmung des Betriebsrats bei Versetzungen, DB 1979, S. 1035
- Bolsenkötter: Zum aktienrechtlichen Begriff des Unternehmens, DB 1967, S. 1098
- Boullion, E.: Grundsätzliches zur Sozialpolitik bei Höchst, in: Festschrift für K. Winnacker, S. 1
- Buchner, H.: Gemeinschaftsunternehmen und Konzernbetriebsrat, RdA 1975, S. 10
- Bülow, P.: Zur wechselseitigen Beteiligung bei der GmbH & Co. KG - Institutionsmißbrauch oder institutionsgerechter Gebrauch?, DB 1982, S. 527
- Brecht: Betriebsverfassungsgesetz, 1972
- Canaris, C.-W.: Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971

- Canaris, C.-W.: Ansprüche wegen "positiver Vertragsverletzung" und "Schutzwirkung für Dritte" bei nichtigen Verträgen, JZ 1965, S. 475
- Capelle/Canaris: Handelsrecht, 19. Aufl., München 1980
- Chmurzynski, B.: Der Inflationsschutz in der Altersversorgung, RdA 1981, S. 18
- Clasen, L.: 40 Stunden für fast alle, BARbBl. 1981, Heft 3, S. 16
- Coing, H.: Zum Problem des sogenannten Durchgriffs bei juristischen Personen, NJW 1977, S. 1793
- Daimer, R.: Das Dienstverschaffungsverhältnis, Diss. Erlangen 1961
- Dietz/Richardi: Betriebsverfassungsgesetz, Bd. I, 6. Aufl., München 1981, Bd. 2, 6. Aufl., München 1982
- Dirks, S.: Abwägung der personalpolitisch positiven Impulse, in: Betriebliche Altersversorgung im Umbruch, Berlin 1980, S. 124
- Duden, K.: Zur Methode der Entwicklung des Gesellschaftsrechts zum "Unternehmensrecht", in: Festschrift für W. Schilling, Berlin/New York 1973, S. 309
- Edelkott: Der Konzernabschluß in Deutschland, Basel 1962
- Eichelsbacher, F.: Betriebsrätegesetz, München 1929
- Eichendorfer, E.: Leitende Angestellte als Begriff des Unternehmensrechts, Köln 1980
- Endemann: Die Rechtstellung des Leiharbeitnehmers (Gutachten), BB 1951, S. 786
- Engels, W.: Arbeitspartizipation - Ein Modell der Mitbestimmung aus Mitverantwortung, Die Aussprache 1971, Heft 5/6, S. 5
- Engisch, K.: Idee der Konkretisierung, in: Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, Heidelberg 1953
- Emmerich, K.: Das GmbH-Konzernrecht, in: Der GmbH-Konzern, Köln 1976, S. 3

- Emmerich/Sonnenschein: Konzernrecht, 2. Aufl., München
1977
- Erdmann/Jürging/Kammann: Betriebsverfassungsgesetz, Darm-
stadt/Neuwied 1973
- Erman (Bearbeiter): Handkommentar zum Bürgerlichen Ge-
setzbuch, 2 Bde, 7. Aufl., Münster 1981
- Esser, J.: Gedanken zur Problematik der "faktischen
Schuldverhältnisse", AcP 157 (1958/59),
S. 86
- Esser-Schmidt: Schuldrecht, 2 Bde, 5. Aufl., Karlsruhe
1975
- Everhardt, K. H.: Schuldübernahme von Ruhegeldverbind-
lichkeiten, BB 1982, S. 314
- Fabricius, F.: Rechtsprobleme gespaltener Arbeitsver-
hältnisse im Konzern, Neuwied/Darmstadt
1982
- Gesellschaftsrechtliche Unternehmensver-
bindungen und Arbeitgeberbegriff in der
betrieblichen Krankenversicherung, Neu-
wied/Berlin 1971
- Relativität der Rechtsfähigkeit, München
und Berlin 1963
- Grundbegriffe des Handels- und Wirtschafts-
rechts, 2. Aufl., 1971
- Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt,
JZ 1967, S. 144
- Farthmann, F.: Der "personenrechtliche Charakter" des
Arbeitsverhältnisses, RdA 1960, S. 5
- Flatow, G.: Betriebsrätegesetz, Berlin 1922
- Flume, W.: Gesellschaft und Gesamthand, ZHR 136
(1972), S. 177
- Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts,
Bd. I/1: Die Personengesellschaft, Hei-
delberg/New York 1977
- Allgemeiner Teil des Bürgerl. Rechts,
Bd. II, Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl.,
Berlin 1979
- Fikentscher, W.: Schuldrecht, 5. Aufl., Berlin/New York
1975

- Fischer, C. E.: Das Unternehmen als Einheit, NJW 1954, S. 1177
- Fitting/Auffarth/Kaiser: Betriebsverfassungsgesetz, 13. Aufl., München 1981
- Forsbach, W.: Anpassungsprüfung im Konzern, in: Betriebliche Altersversorgung im Umbruch, Berlin 1980
- Franßen/Haesen: Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, Karlsruhe 1974
- Frey, E.: Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Arbeitsrecht, 1954
- Friedländer: Konzernrecht, Mannheim/Berlin/Leipzig 1927
- Galperin/Löwisch: Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 2 Bde, 6. Aufl., Heidelberg 1982
- Gamillscheg, F.: "Betrieb" und "Bargaining unit" - Versuch des Vergleichs zweier Grundbegriffe, ZfA 1975, S. 357
- Gamillscheg/Hanau: Die Haftung des Arbeitnehmers, 2. Aufl., Karlsruhe 1974
- Gaul, D.: Auswirkungen des rechtsgeschäftlichen Betriebsübergangs auf eine betriebliche Altersversorgung, DB 1980, S. 927
- Gaul, H./Gareis: Betriebszugehörigkeit, Unverfallbarkeit und Insolvenzschutz von Versorgungsansprüchen, BB 1978, S. 917
- Gerhardt, W.: Der Haftungsmaßstab im gesetzlichen Schuldverhältnis (positive Vertragsverletzung, culpa in contrahendo), JuS 1970, S. 597
- Geßler, E.: Die Haftung der Hauptgesellschaft bei der Eingliederung (§ 322 AktG), ZGR 1978, S. 251
- Schutz vor Fremdeinflüssen im Aktienrecht, ZHR 145 (1981), S. 457
- Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff: Aktiengesetz, Kommentar, 1. Lfg. München 1973
- Gierke/Sandrock: Handelsrecht, 9. Aufl., Berlin/New York 1975

- GK-BetrVG (Bearbeiter): Gemeinschaftskommentar zum BetrVG,
von Fabricius/Kraft/Thiele/Wiese; 2 Bde,
2. Bearbeitung, Neuwied/Berlin, Stand
Okt. 1982
- GK-AktG (Bearbeiter): Großkommentar zum Aktiengesetz,
4 Bde, 3. Aufl. Berlin-New York 1973
- Godin/Wilhelmi: Kommentar zum Aktiengesetz, 2 Bde, 4.
Aufl. Berlin-New York 1971
- Gromann, H. G.: Die Gleichordnungskonzerne im Konzern-
und Wettbewerbsrecht, Köln u.a. 1979
- Großmann, A.: Die GmbH & Co. KG im Spannungsfeld zwi-
schen § 4 und § 5 MitbestG, BB 1976,
S. 1391
- Gumpert, J.: Gleichbehandlung bei der betrieblichen
Altersversorgung, BB 1958, S. 196

Die praktische Anwendung des Gleichbe-
handlungsgrundsatzes, Gutachten, BB
1959, S. 707
- Haberlandt, H.: Zur Problematik der Durchgriffshaftung,
Identität und Durchgriff, BB 1980, S.
847
- Hanau, P.: Buchbesprechung: R. Höfer, Gesetz zur
Verbesserung der betrieblichen Alters-
versorgung, ZfA 1976, S. 485
- Hanau/Adomeit: Arbeitsrecht, 6. Aufl., Frankfurt 1981
- Handbuch der Aktiengesellschaft (Bearbeiter): Systemati-
sche Darstellung in gesellschaftlicher,
arbeitsrechtlicher und betriebswirt-
schaftlicher Sicht, Loseblattsammlung
2 Bde, 2. Aufl., Köln 1967/82 (Stand
Februar 1982)
- Halbach, Chr.: Betriebsverfassungsrechtliche Aspekte
des Einsatzes von Leiharbeitnehmern und
Unternehmensarbeitern, DB 80, 2389
- Harms, W.: Konzerne im Recht der Wettbewerbsbe-
schränkungen, Köln u.a. 1968
- Havermann: Die verbundenen Unternehmen und ihre
Pflichten nach dem Aktiengesetz 1965.
WPg 1966 S. 30 ff.; 66 ff.; 90 ff.

- Heck, Ph.: Das Problem der Rechtsgewinnung. Gesetz-
auslegung und Interessenjurisprudenz.
Begriffsbildung und Interessenjurispru-
denz, Bad Homburg 1968, redigiert v.
R. Dubischer
- Heinze, M.: Rechtsprobleme des sogenannten echten
Leiharbeitsverhältnisses, ZfA 1976,
S. 183
- Henssler, M.: Der Arbeitsvertrag im Konzern, Berlin
1983
- Herrschel-Steinmann: Kündigungsschutzgesetz, Kommentar,
5. Aufl., Heidelberg 1961
- Hessel, Ph.: Zum Begriff des Betriebs, RdA 1951,
S. 450
- Nochmals: Das Leiharbeitsverhältnis,
BB 1970, S. 307
- Heubeck, G.: Die Erfassung von Sozialversicherungs-
renten bei den Pensionsrückstellungen,
BetrAV 1959, S. 142
- Die Berücksichtigung von Sozialversi-
cherungsrenten bei Berechnung von Pen-
sionsrückstellungen, DB 1968, S. 1963
- Entscheidungshilfen für die Betriebe
zur flexiblen Altersversorgung, BB
1973, S. 337
- Direktversicherung als Alternative zur
Gehaltserhöhung? BB 1977, S. 1409
- Heubeck/Höhne/Paulsdorf/Rau/Weinert: Kommentar zum Be-
triebsrentengesetz, 2 Bde, 2. Aufl.,
Heidelberg 1982 (Bearbeiter, BetrAVG)
- Heubeck, K./Rössler, N./Sauerberg, W.: Die wirtschaftli-
che Lage des Arbeitgebers bei der Prü-
fung der Anpassung der Betriebsrenten
nach § 16 BetrAVG BB 1980, Beilage 13
- Heußner, H.: Die rechtliche Bedeutung der Betriebs-
zugehörigkeit, insbesondere im Rahmen
der betrieblichen Altersversorgung und
bei der Anrechnung von Kriegs- und Wehr-
dienstzeiten auf die Dauer der Betriebs-
zugehörigkeit, BetrAV 1963, S. 125

- Hilger, M. L.: Das Recht der betrieblichen Alters-, Invaliden- und Hinterbliebenenrenten, in: Handbuch der betrieblichen Altersversorgung, Bd. I, 5. Aufl., Stuttgart 1968 (Handbuch)
- Höfer, R./Abt., O.: "Geschenkte" Dienstzeiten und die Unverfallbarkeit von Versorgungsanwartschaften, zugleich Anmerkungen zu dem Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 3.8.1978, DB 1978, S. 2410
- Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung, Kommentar, Bd. I, 2. Aufl., München 1981
- Höfer/Ahrend: Zur Aufrechterhaltung betrieblicher Versorgungsanwartschaften, DB 1972, S. 1824
- Höfer, R.: Die ertragssteuerliche Behandlung von Kapitalzusagen, BB 1973, S. 747
- Höfer, R./Kemper, K.: Betriebliche Ruhegeldzusagen und Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates, DB 1974, S. 241
- Die Anpassungsurteile des BAG, DB 1973, S. 1347
- Hoffmann/Lehmann/Weinmann: Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz 1976, München 1978 (Mitbest.G.)
- Höhne, G.: Die Unverfallbarkeit von Anwartschaften aus betriebl. Versorgungszusagen nach dem Urteil des BAG v. 10.3.1972, BB 1972, S. 1563
- Hölters, W.: Die unbewältigte Konzernproblematik des Mitbestimmungsgesetzes 1976, RdA 1979, S. 335
- Hommelhoff, P./Timm, W.: Insolvenzschutz für die Geschäftsführer-Betriebsrente, KTS 1981, S. 1 ff., S. 289 ff.
- v. Hoyningen-Huene, G.: Die Billigkeit im Arbeitsrecht, München 1978
- Der Konzern im Konzern, ZGR 1978, S. 515
- Hueck, A.: Das Recht der OHG, 4. Aufl. Berlin 1971
- Deutsches Arbeitsrecht, 2. Aufl. Berlin 1944

- Hueck, A.: Das neue Aktiengesetz und das Arbeitsrecht, RdA 1965, S. 321
- Hueck, G.: Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, München 1958 (Grundsatz)
- Gleichbehandlung und Billigkeitskontrollen, in: Gedächtnisschrift für Rolf Dietz, München 1973, S. 243 (Gedächtnisschrift Dietz)
- Gesellschaftsrecht, 18. Aufl. München 1983
- Hueck/Hueck: Kündigungsschutzgesetz, 10. Aufl. München 1980
- Hueck/Nipperdey: Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. I, 7. Aufl. Berlin/Frankfurt/Main 1963
- Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. II/2, 7. Aufl. Berlin/Frankfurt/Main 1970
- Jackel, E.: Die Bedeutung der Betriebszugehörigkeit für das Arbeitsverhältnis, Diss. Freiburg 1970
- Jacobi, E.: Betrieb und Unternehmen als Rechtsbegriffe, in: Festschrift für Victor Ehrenberg, S. 1, Leipzig 1926
- Jaeger, E.: Konkursordnung mit Einführungsgesetzen, 9. Aufl., Bearbeiter: Henckel, W./Weber, F., 1. u. 2. Lfg. Berlin/New York 1977 - 1980
- Jauernig/Schlechtriem/Stürmer/Teichmann/Vollkommer: Kommentar zum BGB, München 1981, 2. Aufl.
- Immenga, U.: Der Preis der Konzernierung, in: (2.) Festschrift für F. Böhm, Tübingen 1975, S. 253 ff.
- Käfer, K.: Probleme der Konzernbilanz, ZHF 1957, S. 345
- Käfer, K./Münstermann, H.: Konzernbilanzen, Zürich 1958
- Kammann/Hess/Schlochauer: Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, Neuwied/Darmstadt 1979

- Kemper, K.: Rechtsfragen zur Rentenanpassung und die Mitbestimmung in der betrieblichen Altersversorgung, Schriftenreihe Der Betrieb, Düsseldorf 1975, S. 23 (Rechtsfragen)
- Die Unverfallbarkeit betrieblicher Versorgungsanswartschaften von Arbeitnehmern, Düsseldorf 1977 (Unverfallbarkeit)
- Kiefer/Giloy: Die Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung, München 1975
- Knigge, A.: Die Abstellung von Arbeitnehmern an eine baugewerbliche Arbeitsgemeinschaft, DB 1982, Beilage 4
- Koberstein, G.: Unternehmenszusammenschlüsse, Essen 1965
- Kölner Kommentar (Bearbeiter): Kommentar zum Aktiengesetz, Köln usw. seit 1970
- Konzen, H.: Arbeitsrechtliche Drittbeziehungen, ZfA 1982, S. 259
- Arbeitnehmerschutz im Konzern, RdA 1984, S. 65
- Koppensteiner, H. G.: Unternehmensgemeinschaften im Konzerngesellschaftsrecht, ZHR 131, S. 289
- "Faktischer Konzern" und Konzentration, ZGR 1973, S. 1
- Kosiol, E.: Einführung in die Betriebswirtschaftslehre - Das Unternehmen als wirtschaftliches Aktionszentrum, Wiesbaden 1968
- Kraft/Kreutz: Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., Frankfurt 1977
- Kreutz, P.: Grenzen der Betriebsautonomie, München 1979
- Kronstein, H.: Die abhängige juristische Person, München - Berlin - Leipzig 1931
- Kropff, B.: Textausgabe des Aktiengesetzes von 1965 mit Begründung des Regierungsentwurfs, Düsseldorf 1965
- Der faktische Konzern als Rechtsverhältnis, DB 1967, S. 2147, 2204
- Kunze, O.: Bemerkungen zum Verhältnis von Arbeits- und Unternehmensrecht, in: Festschrift für Wolfgang Schilling, Berlin-New York 1973, S. 333 (FS. Schilling)

- Kunze, O.: Unternehmen und Gesellschaft, ZHR 147 (1983), S. 16
- Unternehmensverbund und Unternehmensrecht, in: Festschrift für Konrad Duden, München 1977, S. 201 (FS-Duden)
- Der Geltungsbereich des § 4 Abs. I S. 1 MitbestG, ZGR 1978, S. 321
- Larenz, K.: Methodenlehre in der Rechtswissenschaft, 4. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 1979 (Methodenlehre)
- Culpa in contrahendo, Verkehrssicherungspflicht und sozialer Kontakt, MDR 1954, S. 515
- Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 5. Aufl. München 1980 (AT)
- Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, 12. Aufl. München 1979; Bd. II, 12. Aufl. München 1981 (BT-I/II)
- Lemitz, H. G.: Betriebswirtschaftliche Auswirkungen der Unverfallbarkeit und Dynamisierung betrieblicher Pensionsanwartschaften, DB 1970, S. 1497 und 1549
- Leo, H. C.: Einheitliche Konzernleitung durch mehrere Obergesellschaften?, WPg 1968, S. 395
- Leitherer, St.: Die Belange des Versorgungsempfänger in § 16 des Gesetzes zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung, Berlin 1983
- Lieb, M.: Beschäftigung auf Produktionsdauer - selbständige oder unselbständige Tätigkeit? RdA 1977, S. 210
- Arbeitsrecht, 2. Aufl., Karlsruhe 1982
- Lieb, M./Westhoff: Voraussetzung und Abgrenzung von richterlicher Inhaltskontrolle und Rechtsfortbildung, DB 1973, S. 69
- Luchterhandt, H. F.: Der Begriff "Unternehmen" im Aktiengesetz 1965, ZHR 132, S. 149
- Lutter, M.: Die Rechte der Gesellschafter beim Abschluß fusionsähnlicher Unternehmensverbindungen, Düsseldorf 1974

- Lutter, M.: Zur Herrschaft mehrerer Unternehmen über eine Aktiengesellschaft, NJW 1973, S. 116
- Die zivilrechtliche Haftung in der Unternehmensgruppe, ZGR 1982, S. 244
- Lutter, M./Schneider, U.: Mitbestimmung im mehrstufigen Konzern, BB 1977, S. 553
- Martens, K. P.: Vertretungsorgan und Arbeitnehmerstatus in konzernabhängigen Gesellschaften, in: FS Hilger und Stumpf, München 1983, S. 437
- Das Arbeitsverhältnis im Konzern, in: Festschrift zum 25jährigen Bestehen des BAG, München 1979 (BAG-FS), S. 367
- Arbeitsrechtlicher Rechtsformzwang und gesellschaftsrechtliche Beschäftigungsverhältnisse, RdA 1979, S. 347
- Die Auswirkung der erweiterten Mitbestimmung auf die Konzernpraxis, in: Der GmbH-Konzern, Köln 1976, S. 106
- Mayer-Maly, Th.: Arbeitsrechtsblattei (D) Gleichbehandlung im Arbeitsverhältnis I
- Die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer, DRdA 1980, S. 261
- Das Leiharbeitsverhältnis, ZfA 1972, S. 1
- Maunz/Düring/Herzog: Kommentar zum Grundgesetz, Loseblattsammlung, 5. Aufl., 3 Bde, München, Stand September 1981
- Medicus, D.: Bürgerliches Recht, 11. Aufl. 1983, Köln u.a.
- Meilicke, H./Meilicke, W.: Mitbestimmung im Konzern, BB 1978, S. 406
- Mengelbier: Der Unternehmerarbeiter im Bergbau, ZfB 98, S. 109
- Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck: Konkursordnung, 9. Aufl., München 1979

- Mertens, H. J.: Die Einmann-GmbH & Co. KG und das Problem der gesellschaftsrechtlichen Grundtypenvermischung, NJW 1966, S. 1049
- Die Haftung wegen Mißbrauchs der Leitungsmacht nach § 309 AktG in schadensersatzrechtlicher Sicht, AcP 168 (1968), S. 225
- Mestmäcker, E. J.: Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, Karlsruhe 1958 (Verwaltung)
- Über das Verhältnis von Rechts- und Wirtschaftswissenschaft im Aktienrecht, JuS 1963, S. 417
- Zur Systematik des Rechts der verbundenen Unternehmen im neuen Aktiengesetz, in: Festgabe für Heinrich Kronstein, Karlsruhe 1967, S. 11967 (FS Kronstein)
- Mickler, H.: Das Rechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bei Ruhegeldzahlungen durch eine rechtlich selbständige Versorgungseinrichtung, Diss. Heidelberg 1974
- Miegel, M.: Der Unternehmensbegriff des AktG 1965, Bad Homburg 1970
- Mittmann, G.: Rechtliche Probleme der Leiharbeit, Diss. Kiel 1972
- Molitor, E.: Arbeitnehmer und Betrieb. Zugleich ein Beitrag zur einheitlichen Grundlegung des Arbeitsrechts, Marburg 1929
- Arbeitsverhältnisse und Mitgliedschafts-(Gesellschafts-)verhältnisse, DB 1957, S. 164
- Moll, W.: Zur Insolvenzsicherung der Betriebsrenten von Gesellschafter - Geschäftsführern, ZIP 1980, S. 422
- Monjau, H. Die Bedeutung der Betriebszugehörigkeit, DB 1966, S. 1432
- Müller-Freienfels, W.: Zur Lehre vom sogen. "Durchgriff" bei juristischen Personen im Privatrecht, AcP 156, S. 522 (1957)

- Müller, K.: Die Haftung der Muttergesellschaft für die Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaft im Aktienrecht, ZGR 1977, S. 1
- Müllner, W.: Aufgespaltene Arbeitgeberstellung und Betriebsverfassungsrecht, Berlin 1978
- Münchener Kommentar zum BGB: Hrsg. Rebmann, K.; Sacker, F.-J., 7 Bde, München 1978 - 1981 (MüKo-Bearbeiter)
- v. Nell - Breuning, O.: Unternehmensverfassung, in: Festgabe für Heinrich Kronstein, Karlsruhe 1967, S. 74
- Rechtsformzwang für Großunternehmen?, in: Festgabe für Otto Kunze, Berlin 1969, S. 143
- Neumann - Duesberg: Betriebsverfassungsrecht, Berlin 1960
- Nies, H.: Zweifelsfragen aus der Praxis der Betriebsprüfung, Ergebnisse der Fachprüferbesprechung im Mai 1966 in Bonn, BetrAV 1966, S. 149
- Steuerrechtliche Fragen bei der Anwendung des Gesetzes zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung - Stellungnahme der Betriebsprüfer in der Diskussion mit den mathematischen Sachverständigen der ABA am 5. und 7. Mai 1975 in Düsseldorf - BetrAV 1975, S. 201
- Nikisch, A.: Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis, Berlin, Leipzig, Wien 1941
- Arbeitsrecht, Bd. I, 3. Aufl. Tübingen 1961
- Nordmeyer, A.: Der Unternehmensbegriff im Konzernrecht, Köln 1970 Diss.
- Oppikofer, H.: Das Unternehmensrecht in geschichtlicher, vergleichender und rechtspolitischer Betrachtung, Tübingen 1927
- Ortlepp/Willemsen: Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung, Berg. Gladbach 1975

- Ostheim, R.: Die Weisung des Arbeitgebers als arbeitsrechtliches Problem, Gutachten, in: Verhandlungen des 4. österreichischen Juristentages, Wien 1970, Bd. I, 4. Teil
- Palandt (Bearbeiter): Bürgerliches Gesetzbuch, 43. Aufl. München 1984
- Passow, R.: Betrieb, Unternehmen, Konzern, Jena 1925
- Paulsdorff, J.: Unverfallbarkeit, Altersgrenze, Anrechnungs- sowie Auszehrungsverbot und Geltungsbereich im Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung, in: Neuregelung der betrieblichen Altersversorgung, Schriftreihe Der Betrieb, Düsseldorf 1975, S. 9
- Pawlowski, H. M.: Methodenlehre für Juristen, Heidelberg-Karlsruhe 1981
- Peltzer, M.: Die Haftung der Konzernmutter für die Schulden ihrer Tochter, mit der sie durch Ergebnisführungs- und/oder Beherrschungsvertrag verbunden ist, insbesondere im Falle der Insolvenz der Tochter, AG 1975, S. 308
- Pieper, H.: Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt Köln, Berlin 1963
- Pinther, H.: Ist das Arbeitsverhältnis ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis? AuR 1961, S. 225
- Plander, H.: Drittfinanzierte Arbeitsverträge und deren Kündigung, DB 1982, S. 1216
- Pleyer/Westermann, H. P./Lieser: Tatsachen und Konzeptionen für ein neues GmbH-Konzernrecht, 4. Stellungnahme der Centrale für GmbH zum Referentenentwurf eines GmbH-Gesetzes, Köln 1970, GmbH-Rdsch 1970, Beilage zu Heft 12, in: Stellungnahmen zur GmbH-Reform, S. 53
- Pramann, G.: Die Anrechnung von (Vor-) Dienstzeiten auf die Betriebszugehörigkeit im KSchG, BetrVG, BetrAVG usw., DB 1978, S. 2476
- Raiser, L.: Der Gleichheitsgrundsatz im Privatrecht, ZHR 111, S. 75

- Raiser, L.: Die Konzernbildung als Gegenstand rechts- und wirtschaftswissenschaftlicher Untersuchungen, Schriften des Vereins für Socialpolitik, Bd. 33 n.F. (1964), S. 51 ff.
- Buchbesprechung G. Hueck, Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, JZ 1959, S. 421
- Raiser, Th.: Das Unternehmen als Organisation, Berlin 1969
- Privatautonome Mitbestimmungsregelungen, BB 1977, S. 1461
- Die Zukunft des Unternehmensrechts, in: Festschrift für Robert Fischer, Berlin 1979, S. 561 (Fischer-FS)
- Beherrschungsvertrag im Recht der Personengesellschaften, ZGR 1980, S. 558
- Das Unternehmen in der verfassungsrechtlichen Ordnung der Bundesrepublik nach dem Mitbestimmungsurteil des Bundesverfassungsgerichts, JZ 1979, S. 489
- Raisch, P.: Zu den grundsätzlichen Aufgaben der Rechtswissenschaft gegenüber dem neuen Aktiengesetz, JZ 1966, S. 549
- Buchbesprechung: Hans Würdinger, Aktien- und Konzernrecht, 2. Aufl. Karlsruhe 1966, in: ZHR 132, S. 182
- Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts, Karlsruhe 1965
- Ramm, Th.: Die Aufspaltung der Arbeitgeberfunktionen (Leiharbeitsverhältnis, mittelbares Arbeitsverhältnis, Arbeitnehmerüberlassung und Gesamthafenarbeitsverhältnis), ZfA 1973, S. 263
- Rasch, H. Deutsches Konzernrecht, 5. Aufl., Köln/Berlin u.a. 1974
- Rehbinder, E.: Konzernaußenrecht und allgemeines Privatrecht, Bad Homburg 1969
- 10 Jahre Rechtsprechung zum Durchgriff im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Robert Fischer, S. 579 (Berlin/New York 1979)

- Rehbinder, E.: Die GmbH als Konzernunternehmen, GmbH-Reform, S. 127 (Hrsg. Geßler)
- Reichsgerichtsräte-Kommentar zum BGB (Bearbeiter):
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
Hrsg. von Mitgliedern des Bundesgerichtshofes, 6 Bde, 12. Aufl., Berlin-New York 1982
- Reimer/Schade/Schippel: Arbeitnehmererfindungsgesetz,
5. Aufl., Berlin 1975
- Reinhardt/Schultz: Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. Tübingen 1981
- Rey, V. H.: Betriebliche Altersversorgung bei Entsendung eines Mitarbeiters zu einer Auslands-Tochter-Gesellschaft, DB 1982, S. 806
- Finanzierung der betrieblichen Altersversorgung im Konzernbereich, BB 1982, S. 652
- Richardi, R.: Der Beginn der Unverfallbarkeitsfristen nach § 1 BetrAVG, BetrAV 1980, S. 149
- Anpassung der Leistungen einer betrieblichen Altersversorgung nach § 16 BetrAVG, DB 1976, S. 1718
- Rittner, F.: Unternehmen und freier Beruf als Rechtsbegriffe, Tübingen 1962
- Die werdende juristische Person 1973
- Begründungsdefizite im Mitbestimmungs-
urteil des Bundesverfassungsgerichts?,
JZ 1979, S. 743
- Konzernorganisation und Privatautonomie,
AcP 183 (1983), S. 295
- Rommelspacher, W.: Der Konzernbegriff, Diss. Köln 1964
- Schaub, G.: Arbeitsrechthandbuch, 5. Aufl., München 1983
- Die betriebliche Altersversorgung in
der Rechtsprechung des Bundesarbeits-
gerichts RdA 1980, S. 155
- Aktuelle Rechtsprechung des BAG zur be-
trieblichen Altersversorgung, ZIP 1983,
S. 23

- Schaub/Schusinski/Ströer: Altersvorsorge, Betriebliche Altersversorgung, Sozialversicherung, Eigenvorsorge, München 1976
- Schäfer: Wann ist der Großaktionär Unternehmer? NJW 1967, S. 1741
- Schilling, W.: Rechtsform und Unternehmen, in: Festschrift für Konrad Duden, München 1977, S. 537 (FS-Duden)
- Entwicklungstendenzen im Konzernrecht, ZHR 140 (1976), S. 528
- Das Aktienunternehmen, ZHR 144 (1980), S. 136
- Schlegelberger: Handelsgesetzbuch, erl. von Geßler, Hefermehl, Hildebrandt, Schröder, 6 Bde, 5. Aufl., München 1973 - 1977 (HGB)
- Schmid, H. D.: Verwendung von Gehaltsteilen für die betriebliche Altersversorgung, BB 1977, S. 700
- Schmidbauer, A.: Der Konzernbegriff im Aktien- und Betriebsverfassungsrecht, Diss. Regensburg 1976
- Schmidt, K.: Handelsrecht, Köln usw. 1980
- "Unternehmen" und "Abhängigkeit": Begriffseinheit und Begriffsvielfalt im Kartell- und Konzernrecht, ZGR 1980, S. 277
- Abhängigkeit und faktischer Konzern, ZGR 1981, S. 455
- Schmidt-Bleibtreu/Klein: Kommentar zum Grundgesetz, 5. Aufl., Neuwied-Darmstadt 1980
- Schneider, U. H.: Die Personengesellschaft als verbundenes Unternehmen, ZGR 1975, S. 253
- Konzernbildung, Konzernleitung und Verlustausgleich im Konzernrecht der Personengesellschaften, ZGR 1980, S. 511
- Schnorr, G.: Die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung, RdA 1972, S. 193
- Schnorr von Carolsfeld, L.: Arbeitsrecht, 2. Aufl., Göttingen 1954

- Schukai: Kündigung wegen häufiger Fehlzeiten, DB 1976, S. 2015
- Schulin, B.: Fragen der Anpassung von Betriebsrenten, insbesondere das Problem der betriebsbezogenen Dynamisierung, ZfA 1979, S. 139
Die Rechtsprechung des BAG im Jahre 1980, ZfA 1981, S. 577
- Schuhmacher, K.: Die Bedeutung der Wartezeiten im Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung, DB 1976, S. 1914
Ersetzung von Barlohn durch Zukunftssicherungsleistungen, DB 1978, S. 162
- Schulze - Osterloh, J.: Die Einbeziehung von in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmen ohne einheitliche Leitung in den Konzernabschluß, WPg 1969, S. 93
Kapitalgesellschaft & Co - Handelsgesellschaft kraft Rechtsform? NJW 1983, S. 1281
- Säcker/Joost: Betriebszugehörigkeit als Rechtsproblem im Betriebsverfassungs- und Mitbestimmungsrecht: zur Unterscheidung von Betrieb und Unternehmen, Königstein/Ts. 1980
Auswirkungen eines Betriebsübergangs auf Ruhestandsverhältnisse, DB 1978, S. 1036 und 1078
- Seiter, H.: Betriebsinhaberwechsel I, AR Blattei (D)
- Semler: "Konzern im Konzern", Organisationsmodell oder Rechtsbestand?, DB 1977, S. 805
- Serick, R.: Rechtsform und Realität juristischer Personen, Berlin und Tübingen 1955
- Simnich, C.: Fallen "Gehaltsumwandlungsversicherungen" (Barlohnersetzung) durch Versicherungsbeiträge (§ 40 b EStG) unter das Betriebsrentengesetz? DB 1977, S. 2377
- Sitzer, F.: Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, AR-Blattei D, Fürsorgepflicht I

- Sitzler/Goldschmidt: Kommentar zum Angestelltenkündigungsschutzgesetz, Berlin 1930
- Soergel/Siebert (Bearbeiter): Bürgerliches Gesetzbuch, 9 Bde, 10/11. Aufl., Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1967 - 1978
- Söllner, A.: Einseitige Leistungsbestimmung im Arbeitsrecht, Mainz 1966
- Arbeitsrecht, 7. Aufl., Stuttgart 1981 (ArbR)
- Sonnenschein, J.: Organschaft und Konzerngesellschaftsrecht Baden-Baden 1976 (Organschaft)
- Der aktienrechtliche Vertragskonzern, ZGR 1981, S. 429
- Stange, J.: Formen der Konzernorganisation nach dem Aktiengesetz 1965, Diss. Berlin 1969
- Staudinger (Bearbeiter): Kommentar zum BGB, 11. Aufl., Berlin 1958, 12. Aufl., Berlin 1980
- StDJK: Untersuchungen zur Reform des Konzernrechts, Bericht der Studienkommission des Deutschen Juristentages, Tübingen 1967
- Stumpf, H.: Die betriebliche Altersversorgung - Zuwendung, Causa, Motiv, in: Betriebliche Altersversorgung im Umbruch, Berlin 1980, S. 199
- Die Versorgungsanwartschaft in der betrieblichen Altersversorgung, in: Festschrift für W. Herschel, 1982, S. 409 ff.
- Sura, A.: Die Behandlung des Fremdeinflusses in Unternehmensverbindungen, ZHR 145 (1981), S. 432
- Teichmann, A.: Die Gesetzesumgehung, Göttingen 1962
- Theuersbacher, P.: Das Leiharbeitsverhältnis, Diss. München 1960
- Tipke, K.: Steuerrecht, 8. Aufl. Köln 1981
- Trieschmann, G.: Das Leiharbeitsverhältnis, Beilage Nr. 16 zu DB 1956

- Ulmer, P.: Der Unternehmensbegriff im Rabattgesetz, in: Festschrift für Eduard Wahl, Heidelberg 1973, S. 409 (FS-Wahl)
- Unternehmensrechtskommission: Bericht über die Verhandlungen der Unternehmensrechtskommission, Hrsg. Bundesministerium der Justiz, Köln 1980
- Vogt, A.: Zum Begriff der "Ununterbrochenen Betriebszugehörigkeit", Gutachten, BB 1956, S. 821
- Wahlers, W.: Drittmittelbedienstete und Personalvertretungsrecht, RdA 1982, S. 214
- Wahsner, R.: Betrieb - Unternehmen - Betriebsteil im Sinne des Betriebsverfassungsrechtes, Gutachten, Hrsg. Arbeitsbereich Interne Informationsdienste und wissenschaftliche Publikationen, Bremen 1976
- Weng, R.: Die Kündigung von Arbeitsverhältnissen mit langer Bindung, Diss. Freiburg 1980
- Westermann, H. P.: Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, Heidelberg - New York 1970
- Wetzling, F.: Der Konzernbetriebsrat, Köln 1978
- Wiedemann, H.: Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, Karlsruhe 1966
- Grundfragen der Unternehmensverfassung, ZGR 1975, S. 386
- Gesellschaftsrecht, Bd. I: Grundlagen, München 1980 (Lehrbuch)
- Die Bedeutung der ITT-Entscheidung, JZ 1976, S. 392
- Wiedemann, H./Moll, W.: Der persönliche Geltungsbereich des Gesetzes zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung, RdA 1977, S. 13
- Wiese, G.: Altersversorgung und Gleichbehandlung bei der Verschmelzung und Umwandlung von Gesellschaften, RdA 1979, S. 432

- Windel, E.: Zur Übertragung von laufenden Pensionsverpflichtungen aus betrieblicher Altersversorgung auf Dritte nach Inkrafttreten des Betriebsrentengesetzes, in: Betriebliche Altersversorgung im Umbruch, Berlin 1980, S. 250
- Wöhe, G.: Einführung in die allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 12. Aufl., München 1976
- Wolf, M. Gleichbehandlungsgrundsatz und privatrechtliches Teilhaberrecht, in: Festschrift für L. Raiser, Tübingen 1974, S. 597 (Raiser-FS)
- WSI-Studien: Vorschläge zum Unternehmensrecht (Arbeitnehmerinteressen und Unternehmerorganisation) der Projektgruppe im WSI, Hrsg. Wirtschafts- und sozialwissenschaftliches Institut des Deutschen Gewerkschaftsbundes, Köln 1981
- Würdinger, H.: Der Begriff Unternehmen im Aktiengesetz, in: Festgabe für Otto Kunze, Berlin 1969, S. 177 (FS-Kunze)
- Aktienrecht und das Recht der verbundenen Unternehmen, 4. Aufl., Karlsruhe 1981 (Aktienrecht)
- Konzernbegriff und Konzernbilanz, AG 1969, S. 165
- Zeuner, A.: Zur Bestimmung des für die Rechte nach § 102 BetrVG zuständigen Betriebsrates bei aufgespaltener Arbeitgeberstellung im Konzern, in: FS für Hilger/Stumpf, München 1983, S. 771
- Zippelius, R.: Einführung in die juristische Methodenlehre, 3. Aufl., München 1980
- Zöllner, W.: Arbeitsrecht, 2. Aufl., München 1979
- Die Stellung des Arbeitnehmers in Betrieb und Unternehmen, in: Festschrift zum 25jährigen Bestehen des BAG, München 1979, S. 745 (BAG-FS)
- Einführung in das Konzernrecht, JuS 1968, S. 297

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv civilistischer Praxis
AG	(Die) Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
AngKSchG	Angestelltenkündigungsschutzgesetz
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung
AP	Arbeitsrechtliche Praxis, Nachschlage- werk des Bundesarbeitsgerichts, Hrsg. Hueck-Nipperdey-Dietz; München und Berlin
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
AR-Blattei	Arbeitsrechts-Blattei, Handbuch für die Arbeitsrechtpraxis, Hrsg. Sitzler, Stuttgart
ArbNERfG	Arbeitnehmererfindungsgesetz
ArbPISchG	Arbeitsplatzschutzgesetz
ArbR	Arbeitsrecht
ARS	Arbeitsrechtssammlung, Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und des Reichsehrengerichtshofes, der Landes- arbeitsgerichte, Arbeitsgerichte und Ehrengerichte, Hrsg. Dersch, Berlin
Art.	Artikel
AÜG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht
AVAG	Gesetz über Arbeitsvermittlung und Ar- beitslosenversicherung
BAG	Bundesarbeitsgericht
BarbBl.	Bundesarbeitsblatt
BB	Der Betriebsberater
Bd.	Band
Begr.	Begründung
BetrAV	Betriebliche Altersversorgung

BetrAVG	Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (amtliche Sammlung)
BRG	Betriebsrätegesetz
BRTV	Bundesrahmentarifvertrag
BT-DS	Bundestagsdrucksache
BUrlG	Bundesurlaubsgesetz
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (amtliche Sammlung)
DAR	Deutsches Arbeitsrecht
DB	Der Betrieb
DRdA	Das Recht der Arbeit
DStZ	Deutsche Steuerzeitung
E	Entscheidungssammlung
EG	Einführungsgesetz
ESTG	Einkommensteuergesetz
ESTR	Einkommensteuerrichtlinien
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
f. (f.)	(fort) folgende
FN	Fußnote
FS	Festschrift, Festgabe
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GenG	Genossenschaftsgesetz
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GmbH(G)	(Gesetz betreffend die) Gesellschaft mit beschränkter Haftung
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
i.d.R.	in der Regel

i.S. (d.)	im Sinne (des, der)
JArbSchG	Jugendarbeitsschutzgesetz
JR	Juristische Rundschau
JZ	Juristenzeitung
KG	Kommanditgesellschaft
KO	Konkursordnung
Komm.	Kommentar
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
KTS	Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen (Zeitschrift)
LAG	Landesarbeitsgericht
MTV	Manteltarifvertrag
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OVA	Oberversicherungsamt
PSVaG	Pensions-Sicherungs-Verein auf Gegenseitigkeit
RAG	Reichsarbeitsgericht
RdA	Recht der Arbeit
Rdnr.	Randnummer
RFH	Reichsfinanzhof
RG	Reichsgericht
S.	Seite, Satz
SAE	Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen
St. Rspr.	Ständige Rechtsprechung
TVG	Tarifvertragsgesetz
Tz.	Textziffer
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WPg	Die Wirtschaftsprüfung
z.B.	zum Beispiel
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZfB	Zeitschrift für Bergrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht

ZHF	Zeitschrift für die handelswissenschaftliche Forschung
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZPO	Zivilprozeßordnung

1. Kapitel: Einleitung

Die Frage, welche Auswirkung die Tatsache hat, daß ein Arbeitnehmer über sein konkretes Arbeitgeber-Unternehmen auch einem Konzern angehört, ist in jüngerer Zeit wiederholt Gegenstand arbeitsrechtlicher Abhandlungen gewesen.

I. Allgemeine Problemlage

Die Diskussion konzentrierte sich jedoch bislang vorwiegend auf die Auswirkung der Konzernzugehörigkeit von Arbeitnehmern im Betriebsverfassungs- und Mitbestimmungsrecht. Dies ist auch insoweit verständlich, als in diesen beiden Regelungsgebieten gesetzliche Vorschriften existieren, in denen der Gesetzgeber die Konzernzugehörigkeit des Arbeitgeber-Unternehmens berücksichtigt hat. Gerade die Vorschriften der §§ 54 ff., 8 Abs. 1 S. 2 BetrVG, 5 MitbestG, 1 Abs. 4 MontanMitbestG, 1 MitbestErgG zeigen, daß der Gesetzgeber - zumindest im Bereich des Mitbestimmungs- und Betriebsverfassungsrechts - es nicht als ausreichend ansah, lediglich die unmittelbaren Beziehungen zwischen den Arbeitnehmern und dem Arbeitgeber-Unternehmen zu regeln, wenn letzteres auf Grund seiner Konzernzugehörigkeit rechtlich oder tatsächlich weisungsgebunden ist.

Denn der Konzern zeichnet sich zwar dadurch aus, daß er eine Zusammenfassung rechtlich selbständiger Unternehmen unter einheitlicher Leitung ist; gleichwohl können gerade in einem Unterordnungskonzern gem. § 18 Abs. 1 AktG die für die einzelnen Unternehmen wichtigen Geschäftsentscheidungen außerhalb der Unternehmen von einer Leitungsgesellschaft getroffen werden.

II. Problemlage im BetrAVG

Es stellt sich aber die weitere Frage, inwieweit der Konzernsachverhalt auch auf die individualvertraglichen Rechtsbeziehungen zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgeber-Unternehmen einwirkt.

Denn die Vorgabe der Geschäftspolitik durch eine konzern-einheitliche Leitung kann für die einzelnen Konzernunternehmen zur Folge haben, daß sie unterschiedliche Gewinne machen, aus konzernpolitischen Gründen Verluste tragen müssen, die sie ansonsten nicht hätten, daß sie umorganisiert oder sogar gänzlich aufgelöst werden. Auch ist, insbesondere in qualifizierten Unterordnungskonzernen, eine verstärkte Mobilität der Arbeitnehmer innerhalb des Konzerns zu beobachten.

Diese Vorgänge haben, zumindest mittelbar, auch für das einzelne Arbeitsverhältnis Bedeutung. Die Arbeitnehmer werden häufig um die Konzernbindung ihres vertraglichen Arbeitgebers wissen und die Konzernspitze als maßgebliche Instanz für das Schicksal der Konzernunternehmen und damit auch für ihr eigenes Schicksal ansehen. Je enger die wirtschaftliche und organisatorische Verflechtung eines Konzerns ist, um so mehr werden sich die Arbeitnehmer auch dieser Organisationseinheit verbunden fühlen.

Die Auswirkung einer derartigen Konzernzugehörigkeit von Arbeitnehmern soll anhand des Betriebsrentengesetzes (BetrAVG) vom 13.12.1974 (BGBl I, S. 3610) untersucht werden. Dieses Gesetz bietet sich hierfür aus mehreren Gründen an.

Zum einen stellt das Gesetz in seinem § 1 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 auf die Zugehörigkeit des Arbeitnehmers zu einem "Betrieb" ab. Auch bezeichnet es sich selbst als "Gesetz zur Verbesserung der 'betrieblichen' Altersversorgung". Ist hiermit aber der enge Betriebsbegriff gemeint, wie

er im Betriebsverfassungsrecht entwickelt wurde? Oder ist der Gesetzgeber bei seiner Terminologie von dem Betriebsbegriff ausgegangen, wie ihn die Wirtschaftswissenschaft verwendet? Dann wäre u.U. der Konzern bzw. die Konzernobergesellschaft bereits vom Begriff der Betriebszugehörigkeit umfaßt.

Hierfür könnte der Umstand sprechen, daß eine enge Bestimmung des Betriebsbegriffes im Betriebsrentengesetz einem flexiblen Einsatz der Arbeitnehmer im Gesamtunternehmen, erst recht aber im Konzern, entgegenstünde. Die Versorgungszusage wird auf lange Sicht erteilt, um sich der Arbeitskraft und der Erfahrung des Arbeitnehmers zu versichern. Soll aber die Tatsache, daß ein Arbeitnehmer sich dazu bereit erklärte, nicht nur für "sein" Unternehmen zu arbeiten, sondern für den ganzen Konzern, dazu führen, daß ihm im Extremfall nach zwölfjähriger Tätigkeit für den Konzern und entsprechender Versorgungszusage entgegengehalten werden kann, er habe keine unverfallbare Versorgungsanwartschaft erworben, da er die Unverfallbarkeitsvoraussetzungen des § 1 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BetrAVG in keiner Konzerngesellschaft erfüllt habe? Entsprechendes würde für einen Wechsel zwischen mehreren Betrieben innerhalb eines Unternehmens gelten. Muß hier nicht vielmehr auf die übergeordnete Organisationseinheit abgestellt werden?

Welche Versorgungsansprüche hat ein Arbeitnehmer, der eine Versorgungszusage nicht von seinem Arbeitsvertragspartner, sondern von einer außenstehenden Konzerngesellschaft erhält?

Weiterhin hat gerade im Bereich der betrieblichen Altersversorgung die wirtschaftliche Entwicklung des zusagenden Arbeitgebers besondere Bedeutung für den Wert der dem einzelnen Arbeitnehmer zugesagten Leistungen.

So kann ein Unternehmen, das heute wirtschaftlich gesund und unabhängig ist und deshalb seinen Arbeitnehmern Ver-

sorgungszusagen erteilt, in 20 Jahren Gliedunternehmen eines Konzerns sein, dessen wirtschaftliche Entwicklung von außen gesteuert wird.

Ist für die Frage, ob sich dieses Unternehmen in einer wirtschaftlichen Notlage i.S.d. § 7 Abs. 1 BetrAVG befindet, auf das konkrete Unternehmen abzustellen, auf die Konzernobergesellschaft oder auf den Gesamtkonzern? Wann tritt der Sicherungsfall des § 7 Abs. 1 ein?

Dieselbe Frage stellt sich im Rahmen der Anpassungsprüfung gemäß § 16 BetrAVG. Auf wessen wirtschaftliche Lage ist abzustellen, wenn die wirtschaftliche Entwicklung des Gliedunternehmens nicht mehr allein von seinem Geschäftsinteresse bestimmt wird, sondern auch von einem übergeordneten Konzerninteresse?

Gerade im Bereich der betrieblichen Altersversorgung können die Auswirkungen der Konzernzugehörigkeit eines eine Versorgungszusage erteilenden Arbeitgeber-Unternehmens somit besonders weitreichende Folgen haben.

III. Lösungsweg

Im folgenden wird daher untersucht, ob sich bereits aus der Auslegung des Begriffs der "Betriebszugehörigkeit" ergibt, daß dieser als ein zeit- und organisationsbezogenes Tatbestandsmerkmal im Sinne einer "Konzernzugehörigkeit" des Arbeitnehmers zu verstehen ist.

Da jedoch die Bestimmung des Arbeitgebers im Konzern entscheidend für die Klärung der Rechtsbeziehungen der in einem Konzern beschäftigten Arbeitnehmer ist, wird weiterhin untersucht, ob die These von der vom Rechtsträger losgelösten "Unternehmung" mit Anstaltscharakter im Bereich des Betriebsrentengesetzes dahingehend fruchtbar gemacht werden kann, daß der Konzern als "Unternehmung", als entscheidende Organisationseinheit, an Stelle der

einzelnen Konzerngesellschaften Anknüpfungspunkt betriebsrentenrechtlicher Rechte und Pflichten sein kann.

Schließlich ist zu prüfen, ob der soziale Schutzcharakter des BetrAVG nicht dazu zwingt, den Konzern als wirtschaftliche Realität so zu behandeln, als sei er zumindest wirtschaftlich (Teil-)Arbeitgeber der bei den einzelnen Gliedgesellschaften beschäftigten Arbeitnehmer.

2. Kapitel: "Konzernzugehörigkeit" des Arbeitnehmers als "Betriebszugehörigkeit" i.S.d. BetrAVG?

Da sich das Wort "Konzern" im gesamten BetrAVG nicht findet, ließe sich die hier aufgeworfene Problematik u.U. zunächst durch Auslegung des Begriffs der Betriebszugehörigkeit im Betriebsrentengesetz lösen. Hierbei könnte sich ergeben, daß unter diesem Begriff auch die Zugehörigkeit eines Arbeitnehmers zu einem Konzern zu verstehen ist¹⁾.

A. Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers im Sinne eines zeit- und organisationsbezogenen Tatbestandsmerkmals

Das BetrAVG verwendet den Begriff der Betriebszugehörigkeit z.B. in den §§ 1 Abs. 1, 2, 3; 2 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 2 Nr. 2, Abs. 3 S. 2 Nr. 1; 7 Abs. 2 S. 3, 4 BetrAVG als Tatbestandsvoraussetzung, von deren Vorliegen die Unverfallbarkeit einer Versorgungsanwartschaft bzw. die Höhe eines Versorgungsanspruchs abhängig ist. Da in verschiedenen anderen Vorschriften des Gesetzes auf diese Anspruchsvoraussetzungen verwiesen wird, ist dieser Begriff ein tragendes Element des Betriebsrentengesetzes. Er beinhaltet ein zeitbezogenes (12 Jahre Zugehörigkeit) und ein organisationsbezogenes (Zugehörigkeit zu einem Betrieb) Element.

Die Zugehörigkeit eines Arbeitnehmers zu einem Konzern wäre somit ebenfalls im Sinne des Tatbestandsmerkmals "Betriebszugehörigkeit" relevant, wenn das organisationsbezogene Element dieses Begriffes so zu verstehen ist, daß der Begriff "Betrieb" auch den Begriff "Konzern" mit umfaßt.

Eine solche Auslegung müßte sodann auch in anderen Vorschriften des Gesetzes Berücksichtigung finden, die den Begriff der Betriebszugehörigkeit nicht verwenden. Denn

1) Vgl. ähnlich: Henssler, S. 31 ff., 33.

es liegt auf der Hand, daß die Konzernzugehörigkeit eines Arbeitnehmers, die bei der Frage der Unverfallbarkeit einer Versorgungsanwartschaft eine Rolle spielt, auch im Rahmen der §§ 3 Abs. 1, 7 Abs. 1 und 16 BetrAVG berücksichtigt werden muß.

Um die Bedeutung des Begriffs der Betriebszugehörigkeit klären zu können, ist es notwendig, sich zu verdeutlichen, daß die Erfüllung eines zeitbezogenen Tatbestandsmerkmals als Voraussetzung für das Eintreten einer bestimmten Rechtsfolge ("Wartezeit") unterschiedlich ausgestaltet sein kann.

1. Betriebszugehörigkeit als Anknüpfungspunkt

In verschiedenen Gesetzen ist das Eintreten einer für den Arbeitnehmer günstigen Rechtsfolge von einer bestimmten Dauer der Betriebszugehörigkeit abhängig gemacht. Auf diese Betriebszugehörigkeit wird allerdings manchmal auch eine Unternehmens- oder gar Konzernzugehörigkeit angerechnet. So unterfällt ein Arbeitnehmer erst dann dem Kündigungsschutz, wenn er demselben Betrieb oder Unternehmen länger als sechs Monate angehört hat, § 1 KSchG.

Ebenso erwirbt er erst nach sechsmonatiger Betriebs-, Unternehmens- oder Konzernzugehörigkeit das passive Wahlrecht zum Betriebsrat, § 8 Abs. 1 S. 1 BetrVG. Insbesondere hängt in vielen Tarifverträgen die Dauer des Urlaubs bei älteren Arbeitnehmern neben dem Lebensalter von der Dauer der Betriebszugehörigkeit ab¹⁾. Sie kann in ihrer Bedeutung unterschiedlich ausgestaltet sein²⁾.

1) So z.B. in BRTV - Bauarbeiter vom 30.4.82, § 8; TV - Bau (Bayern) vom 30.6.82, § 2 Abs. III; MTV für die ledererzeugende Industrie vom 4.10.77, § 1 Abs. 1 Nr. 2; MTV für den Einzelhandel in Bayern §§ 11, 21.

2) Monjau DB 1966, S. 1432 f.

Als ein wesentliches Unterscheidungsmerkmal zu dem Begriff "Dauer des Arbeitsverhältnisses" wird jedoch die Zugehörigkeit zu einer - oder Eingliederung in einer bestimmten - Organisationseinheit angesehen¹⁾. In neuerer Zeit gewinnt die Betriebszugehörigkeit jedoch mehr bei der tarifvertraglichen Verdienstsicherung älterer Arbeitnehmer an Bedeutung, während sie bei der Berechnung der Urlaubsdauer zugunsten der Berücksichtigung des Lebensalters an Bedeutung verliert²⁾.

2. Bestehen des Arbeitsverhältnisses als Anknüpfungspunkt

Eine andere Möglichkeit, bestimmte Rechtsfolgen erst nach Erbringung einer bestimmten Wartezeit und nicht pauschal mit einem bestimmten Lebensalter eintreten zu lassen, ist, den Rechtsfolgeneintritt von der Dauer des Arbeitsverhältnisses abhängig zu machen.

Haben der Gesetzgeber (und auch die Tarifpartner³⁾) früher nahezu ausschließlich auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit abgestellt⁴⁾, so knüpft er in neueren Gesetzen zunehmend an die Dauer des Arbeitsverhältnisses an. So hängt der Kündigungsschutz heute ebenso von einer bestimmten Dauer des Arbeitsverhältnisses ab⁵⁾ wie der volle Urlaubsanspruch gem. § 4 BurlG⁶⁾.

1) Monjau, a.a.O., S. 1436; Nikisch I, S. 164 f.; Kemper, Unverfallbarkeit, S. 78.

2) Clasen, a.a.O., S. 20 f., 24; Weng, S. 27.

3) Vgl. die Nachweise bei Jackel, S. 27 ff., 84 ff., 123 ff.

4) Vgl. § 20 Betriebsrätegesetz (BRG) 1920; § 7 BetrVG 52; 1 KSchG 1951; § 19 Abs. 1 JArbSchG 1960.

5) Vgl. §§ 1 Abs. 1 KSchG 1969; 2 Abs. I AngKSchG; 622 Abs. II S. 2 BGB.

6) Vgl. auch §§ 616 Abs. II BGB; § 1 Abs. III LFzG, in denen ebenfalls auf das Arbeitsverhältnis abgestellt wird, in § 19 JArbSchG 1976 erfolgte eine Klarstellung dadurch, daß das Gesetz nunmehr nur noch auf das Lebensalter abstellt.

3. Ausgangspunkt im BetrAVG: Betriebszugehörigkeit

Daß der Gesetzgeber aber auch in neueren Gesetzen nicht auf das Erfordernis der Betriebszugehörigkeit als datenmäßige Tatbestandsvoraussetzung zu verzichten können glaubte, zeigt § 1 Abs. 1 Satz 1 2. Alt. BetrAVG. Der Gesetzgeber hat die Unverfallbarkeit einer Versorgungsanwartschaft nicht etwa - wie den Erwerb des Urlaubsanspruchs gem. § 4 BUrlG - von einer bestimmten Dauer des Bestehens des Arbeitsverhältnisses abhängig gemacht, sondern von einer mindestens 12jährigen Betriebszugehörigkeit. Da der Begriff der Betriebszugehörigkeit bereits lange vor Inkrafttreten des Betriebsrentengesetzes umstritten war¹⁾, hat sich dieser Streit nicht nur im BetrAVG fortgesetzt²⁾, sondern ist um eine Variante erweitert worden: eben um die These, die Betriebszugehörigkeit i.S.d. BetrAVG umfasse auch die Zeit einer Konzernzugehörigkeit³⁾.

Ausgangspunkt der Untersuchung muß deshalb der Betriebszugehörigkeitsbegriff sein, wie er bisher im Arbeitsrecht verwendet worden ist. Sodann ist dieser auf seine Verwendbarkeit im Betriebsrentengesetz zu überprüfen.

B. Allgemeingültiger Betriebszugehörigkeitsbegriff?

Die Frage nach der Bedeutung des Begriffes der Betriebszugehörigkeit in § 1 Abs. 1 S. 1 BetrAVG ließe sich verhältnismäßig leicht klären, wenn man auf einen allgemeingültigen arbeitsrechtlichen Betriebszugehörigkeits-

-
- 1) Vgl. nur den Ausspruch von Monjau, DB 66, S. 1432 (1436): man kann "ganz kraß gesagt, zu dem Ergebnis kommen, daß auf kaum einem Gebiet eine solche Verwirrung herrscht wie auf dem der Betriebszugehörigkeit".
 - 2) Höhne, BetrAVG § 1, Rdnr. 156.
 - 3) Ebenda, Rdnr. 164; Höfer, BetrAVG § 1, Rdnr. 116, 156; Gaul/Gareis BB 1978, S. 920; Martens BAG-FS, S. 374; Rey BB 1982, S. 652 ff.; PSVaG ZIP 1981, S. 443.

begriff zurückgreifen könnte¹⁾. Dieser brauchte dann nur noch daraufhin untersucht zu werden, ob er im Bereich des Betriebsrentengesetzes auch eine Konzernzugehörigkeit mit umfaßt.

Die Beantwortung der Frage, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit ein Arbeitnehmer als "betriebszugehörig" angesehen werden kann, hängt aber zunächst entscheidend von der weiteren Frage ab, was man unter dem Begriff "Betrieb" versteht. Auch hierzu findet sich eine gesetzliche Definition im Bereich des Arbeitsrechts nicht.

1. Rechtlicher Betriebsbegriff als Oberbegriff

Der Betriebsbegriff wird aber nicht nur von verschiedenen Wissenschaftsdisziplinen unterschiedlich definiert, sondern auch innerhalb der Rechtswissenschaft unterschiedlich gebraucht. So lassen sich zunächst drei Begriffsbildungen grob herausstellen:

- ein soziologischer,
- ein wirtschaftswissenschaftlicher und
- ein rechtlicher Betriebsbegriff.

a) Soziologischer Betriebsbegriff

Die soziologische Begriffsbildung i.S.d. Organisationstheorie erfolgt von ihrem disziplinären Ansatz her, menschliche Verhaltensweisen durch eine Funktionsanalyse zu beschreiben²⁾.

1) Von dieser Möglichkeit gehen offenbar Höhne, BetrAVG § 1, Rdnr. 154, und Rey BB 82, 652, aus. Zweifelnd Höfer, BetrAVG § 1, Rdnr. 104.

2) Mayntz, S. 48 f.; zit. nach Th. Raiser, Das Unternehmen als Organisation, S. 93 f.

Sie begreift das soziale Zusammenwirken der Menschen als ein unendliches Gewebe von aufeinander bezogenen Handlungen (Interaktionen), so daß sich der Betrieb (ebenso wie das Unternehmen) als eine Stätte menschlicher Interaktionen, als Ort arbeitsteiliger Kooperation zur Erreichung eines Zieles darstellt¹⁾.

b) Wirtschaftswissenschaftlicher Betriebsbegriff

Der wirtschaftswissenschaftliche Betriebsbegriff ergibt sich aus dem Anliegen dieser Disziplin, den Prozeß des Wirtschaftens, also der Wertschöpfung, möglichst rational und damit effektiv auszugestalten²⁾. Von daher begreift sie den Betrieb als eine Organisationseinheit der Gesamtwirtschaft, in der sich alles Wirtschaften vollzieht, also als Wertschöpfungseinheit³⁾. Der Betrieb ist demnach der umfassende Oberbegriff, während der Begriff des "Unternehmens" lediglich einen selbständigen wirtschaftlichen Betrieb im Sinne einer autonomen administrativen Planungseinheit beschreibt⁴⁾.

c) Juristischer Betriebsbegriff

Demgegenüber bildet die Rechtswissenschaft als Wissenschaft, die sich mit dem Sinngehalt und dem Geltungsanspruch von Normen des positiven Rechts beschäftigt, ihre Begriffe dadurch, daß sie aus den Tatbeständen, die Gegenstand einer Regelung sind, bestimmte Elemente heraussondert und verallgemeinert⁵⁾.

1) Mayntz, S. 77 - 80.

2) Wöhe, BWL, 1. Abschnitt, I, 1a; Rehbinder, Konzernaußenrecht, S. 50 f.; Söllner, ArbR § 1 II 4 jew. m.w.N.

3) Vgl. nur Rehbinder, Konzernaußenrecht, S. 50; Wöhe, a.a.O.

4) Rehbinder, a.a.O., S. 51; Wöhe, a.a.O., 1. Abschn. I, 1 b (1).

5) Larenz, Methodenlehre, S. 171 ff.; S. 430.

Zwar lassen sich hierdurch bestimmte Gattungsbegriffe bilden, doch ist jeder Begriff bei seiner Auslegung stets im Kontext und Bedeutungszusammenhang der betreffenden Regelung zu sehen. So lassen sich Regelungen, in denen der Betriebsbegriff relevant wird, nicht nur im Arbeitsrecht, sondern auch in anderen Rechtsgebieten, wie etwa im Steuerrecht¹⁾, Sozialversicherungsrecht²⁾, Gewerbe-recht³⁾ oder im Wettbewerbsrecht⁴⁾ feststellen. Da diese Normen aber andere Regelungsgedanken und Wertmaßstäbe als dem Arbeitsrecht innewohnen, kann für die Auslegung eines arbeitsrechtlichen Gesetzes auch nur der juristische Begriff maßgeblich sein, wie er im Arbeitsrecht entwickelt worden ist⁵⁾.

Hier wird der Begriff des Betriebes allgemein als "organisatorische Einheit, innerhalb derer ein Arbeitgeber allein oder in Gemeinschaft mit seinen Mitarbeitern mit Hilfe von sächlichen oder immateriellen Mitteln bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt" definiert⁶⁾.

Als Gegensatzbegriff wird das Unternehmen verstanden, das durch die Einheit des hinter dem arbeitstechnischen Zweck des Betriebs liegenden Zwecks und der Einheit der dieser Zweckerreichung dienenden Organisation bestimmt

1) Z.B.: §§ 12, 75 AO; 4, 5 EStG; 2 Abs. 4 GewStG; 2 UStG; 18 - 24 UmwStG.

2) Z.B.: §§ 254 ff. RVO; vgl. hierzu Fabricius, Gesellschaftsrechtliche Unternehmensverbindungen, S. 68.

3) Z.B.: §§ 1, 3 133 h GewO; 1 HandwO.

4) Z.B.: § 9 Nr. 3 RabattG, vgl. hierzu Ulmer, FS-Wahl, S. 409 ff.; § 1 Abs. 1 Satz 1, 11 Abs. 1 Nr. 2 WZG.

5) V. Nell-Breuning, FS-Kronstein, S. 47 m.w.N.

6) Diese Definition, die auf eine Begriffsbestimmung von E. Jacobi, FS Ehrenberg, S. 9, zurückgeht, ist heute absolut herrschende Meinung: vgl. nur Hueck-Nipperdey Bd. 1, § 16, 11; Palandt/Putzo, BGB, Einf. vor § 611 BGB, Anm. 1 j; Schaub, Handbuch, § 18; Bobrowski/Gaul, Bd. I A V Rz. 26; BAGE 1, S. 175 (178); 2 S. 91 (93) jew. m.w.N.

wird¹⁾. In aller Regel ist das ein wirtschaftlicher Zweck, doch genügt auch ein ideeller.

- d) Alleinige Relevanz des juristischen Betriebsbegriffes für die juristische Arbeitsweise

Da die Rechtswissenschaft Aussagen über die Geltung und den Inhalt von Rechtsnormen treffen will, kann sie nicht an Begriffe anknüpfen, die zur Beschreibung tatsächlicher Lebensvorgänge oder wirtschaftlicher Sachverhalte gebildet wurden. Vielmehr muß ihre Begriffsbildung, mag sie auch so hoch abstrahiert sein, daß sie normübergreifende Bedeutung erlangt, an den Regelungsstatbestand anknüpfen, den sie erklären will.

Die rechtliche Begriffsbildung ist somit von der Norm, nicht aber von tatsächlichen oder wirtschaftlichen Erkenntnissen abhängig²⁾. Maßgebend für die Auslegung des Begriffs der Betriebszugehörigkeit in einem arbeitsrechtlichen Gesetz kann somit nur die Begriffsbildung sein, die in der arbeitsrechtlichen Rechtsprechung und Lehre entwickelt worden ist. Das bedeutet jedoch nicht, daß die Begriffe der benachbarten Wissenschaftsgebiete völlig bedeutungslos für die Rechtswissenschaften seien. Vielmehr kann sich ihr Verständnis im Gesetzgebungsverfahren niedergeschlagen haben, wenn dieses auf Erkenntnissen dieser Disziplinen aufbaute³⁾. Dann aber kann dieses abweichende Verständnis bei der Auslegung der Norm im Rahmen der historischen Auslegung Bedeutung gewinnen.

Da auch das Betriebsrentengesetz einen Sachverhalt geregelt hat, der lange vor seiner gesetzlichen Erfassung

1) Vgl. die Nachweise S. 12, FN 6; insbesondere BAGE 1, S. 175 (178): Fitting-Auffarth-Kaiser (13. Aufl.), BetrVG § 1, Rdnr. 22; Galperin-Löwisch BetrVG § 1, Rdnr. 4, 15

2) Larenz, Methodenlehre, S. 173.

3) Ebenda, S. 170, 173.

(auch) Gegenstand der Wirtschaftspraxis war¹⁾, ist es nicht auszuschließen, daß der Gesetzgeber in seinem Regelungswerk auch auf wirtschaftswissenschaftliche Begriffe aufgebaut hat.

Ein letzter Nachweis läßt sich jedoch nicht dafür erbringen, daß der Gesetzgeber beim Erlaß des BetrAVG vom wirtschaftswissenschaftlichen Verständnis des Betriebsbegriffs ausgegangen ist. Dagegen spricht, daß das Gesetz selbst ausdrücklich in zwei Teile, einen arbeitsrechtlichen und einen steuerrechtlichen Teil unterteilt ist. Dem Gesetzgeber war offenbar die starke wirtschaftswissenschaftliche Ausprägung des Steuerrechts bewußt. Aber auch die Tatsache, daß der Gesetzgeber ausdrücklich an die Rechtsprechung des BAG anknüpfte²⁾ und damit auch dessen Terminologie übernahm, zeigt, daß er sich arbeitsrechtlicher und nicht wirtschaftswissenschaftlicher oder steuerrechtlicher Terminologie bediente.

Geht man somit vom herkömmlichen Begriff des Betriebs aus, so kann der Begriff "Betriebszugehörigkeit" zunächst nur die Zugehörigkeit zum Betrieb als der auf den Arbeitszweck ausgerichteten Organisation bedeuten, nicht aber Zugehörigkeit zu der dahinterstehenden Organisation "Unternehmen"³⁾.

2. Erfordernis der normzweckorientierten Auslegung

Kann man schon allgemein wegen der unterschiedlichen Bedeutung des zugrunde liegenden Betriebsbegriffs nicht von einem allgemeingültigen Begriff der Betriebszugehörigkeit

1) So die Begr. d. RegE, BT-DS 7/1281, S. 19 ff.

2) Insbesondere BAG vom 10.3.72, AP Nr. 156 zu § 242 BGB Ruhegehalt = BB 72, 1005 = DB 72, 1486; Begr. RegE BT-DS 7/1281, S. 19.

3) Jackel, S. 31, 62 ff.; Pramann DB 1978, S. 2476 ff. (2480 f.); grundsätzlich ebenso: Höhne BetrAVG § 1, Rdnr. 154, 164; Kiefer/Giloy BetrAVG § 1 Anm. 8.2.

sprechen, so fragt es sich, ob die Auffassung, zumindest im Arbeitsrecht existiere ein solcher¹⁾, zutreffend ist.

Gerade weil sich die Rechtswissenschaft nicht einfach in der Beschreibung und Ordnung von Fakten beschränkt, sondern sich mit Wertungsmaßstäben und Bewertungen befaßt, kann auch ein noch so ausdifferenziertes System abstrakter Rechtsbegriffe nie den Anspruch auf Vollständigkeit und Geschlossenheit erheben²⁾. Vielmehr verlangt die Aufstellung von Bewertungsmaßstäben, bei der Herausbildung der Tatbestandsmerkmale die Funktion, den Bedeutungszusammenhang usw. der jeweiligen Norm zu berücksichtigen. Die Brauchbarkeit eines abstrakten Begriffes ergibt sich somit erst im Zusammenwirken mit dem Sinn- und Funktionszusammenhang der jeweiligen Regelungsmaterie.

Vor diesem Hintergrund fragt es sich, ob man wirklich von einem Begriff der Betriebszugehörigkeit ausgehen kann, der den Funktionen all der Normen, in denen er verwendet wird, gerecht wird und der deshalb abstrakte Geltung beanspruchen kann.

a) Begriff der Betriebszugehörigkeit im BetrVG

Im Bereich des Betriebsverfassungsrechts hatte der Begriff der Betriebszugehörigkeit seit jeher³⁾ grundlegende Bedeutung, da von der Betriebszugehörigkeit nicht nur das aktive und passive Wahlrecht der Arbeitnehmer ab-

1) Höhne BetrAVG § 1, RdNr. 154 m.w.N.; Monjau DB 1966, S. 1432 ff.; Jackel, a.a.O.; einschränkend: Kemper, Unverfallbarkeit, S. 78.

2) Larenz, Methodenlehre, S. 430 f (434).

3) Vgl. §§ 20 BRG 1920, 7 Abs. 1 BetrVG 1952; allgemein: Säcker/Joost, S. 11; zur Bedeutung im Konzernzusammenhang: Martens, FS Hilger/Stumpf, S. 452 ff.; Zeuner, FS Hilger/Stumpf, S. 773 ff.

hängt¹⁾, sondern auch der Wirkungskreis des Betriebsrats sich danach richtet, wer dem Betrieb angehört, in dem der Betriebsrat besteht²⁾. Dies hat sich auch im BetrVG 72 nicht geändert, wenn auch der Begriff der Betriebszugehörigkeit dort nur noch beiläufig vorkommt.

aa) Begriffspaar Betrieb - Unternehmen

Der dem Betriebszugehörigkeitsbegriff zugrunde liegende Betriebsbegriff wird im Betriebsverfassungsrecht zunächst von dem Gegensatzbegriff "Unternehmen" begrenzt. Hat man diese beiden Begriffe zunächst als ein sich konträr gegenüberstehendes Gegensatzpaar verstanden³⁾, so ist man heute überwiegend der Auffassung, beide Begriffe beschreiben lediglich zwei verschiedene Seiten ein und derselben Organisation⁴⁾.

Betrieb und Unternehmen können also (müssen aber nicht) eine gemeinsame organisatorische Einheit bilden. Gleichwohl ist diese begriffliche Unterscheidung notwendig. Denn das BetrVG räumt den Mitarbeitern, im Gegensatz zum MitbestG, MontMitbestG usw. ein umfassendes Mitbestimmungsrecht im Betrieb als der kleineren, untergeordneten Organisationseinheit ein, in der sich der konkrete Arbeitsablauf, in den der Arbeitnehmer eingebunden ist, abspielt. Die Art der technischen Zweckerreichung hat unmittelbare Auswirkungen auf die Arbeitsbedingungen des

1) Ganz h. M.: Galperin - Löwisch BetrVG § 7, Rdnr. 4, 7; Erdmann-Jürging-Kamman, BetrVG (73) § 7, Rdnr. 3; Niskisch, Arbeitsrecht (2. Aufl.), S. 166; Neumann-Duesberg (1960) BetrVG, S. 242; Hueck-Nipperdey-Säcker, Lehrbuch 11/2, S. 1131; ähnlich Fitting-Auffarth-Kaiser, BetrVG, § 7, Rdnr. 9; Thiele in: GK-BetrVG, Einl. Rdnr. 62; Dietz-Richardi, BetrVG⁶ § 7, Rdnr. 3, § 8, Rdnr. 7.

2) Kreutz, Grenzen der Betriebsautonomie, S. 126 ff.

3) Brecht, BetrVG, § 1 Anm. 41.

4) Dietz-Richardi, BetrVG⁶ § 1, Rdnr. 53, 55; Fitting-Auffarth-Kaiser BetrVG § 1, Rdnr. 22 a; Galperin-Löwisch, BetrVG⁶I, § 1, Rdnr. 15; Gamillscheg ZfA 1975, S. 360 (361).

Arbeitnehmers: hier wirkt sich das Weisungsrecht des Arbeitgebers unmittelbar aus¹⁾. Aus diesem Grunde hat der Gesetzgeber schon relativ früh ein Mitbestimmungsrecht der Arbeitnehmer als berechtigt anerkannt²⁾. Dagegen sollten die unternehmerischen Grundentscheidungen von der Mitbestimmung frei bleiben; nur da, wo sie ebenfalls unmittelbare Auswirkungen auf den Betrieb, also auf die konkreten Arbeitsbedingungen hatten, wurde dem Arbeitnehmer ebenfalls ein Mitbestimmungsrecht zugebilligt. Abgesehen davon, daß auch das Gesetz sich dieser differenzierenden Terminologie bedient³⁾, findet diese begriffliche Unterscheidung ihre sachliche Rechtfertigung auch heute noch, da der Gesetzgeber die Überbetriebliche Mitbestimmung, also die Mitbestimmung im Unternehmen nicht durch eine Änderung und Erweiterung des BetrVG eingeführt hat, sondern bewußt ein eigenes Gesetz hierzu geschaffen hat⁴⁾.

Somit ist die vom Gesetzgeber gewollte Trennung zwischen betrieblicher und unternehmerischer Mitbestimmung auch schon nach außen dokumentiert.

Von daher ist im Betriebsverfassungsrecht streng zwischen Betriebs- und Unternehmenszugehörigkeit zu unterscheiden.

1) BAG v. 15.4.82, ZIP 1983, S. 607 (611).

2) Dietz-Richardi BetrVG⁶, Vorbem. zu § 1, Rdnr. 1 f., 5 ff., 22 § 1, Rdnr. 1-4; Galperin-Löwisch, BetrVG⁶, vor § 1, Rdnr. 1, 15 ff.; Flatow, BRG (1922) Einl. 2 f.: siehe auch Mitbestimmungsbericht BT-DS VI/334, S. 56.

3) Z.B. in §§ 8 Abs. I, 47 ff., 87 Abs. I Nr. 8, 88 Nr. 2, 102 Abs. 111 Nr. 3, 106 ff. 111 BetrVG; vgl. Dietz-Richardi, BetrVG⁶, vor § 1, Rdnr. 2.

4) Dietz-Richardi, BetrVG⁶, vor § 1, Rdnr. 3, § 1, Rdnr. 4; Fitting-Auffarth-Kaiser, BetrVG¹³, Einl. S. 68: Bidenkopf-Säcker ZfA 1971, 211, 223 ff.; Säcker RdA 1979, S. 380 ff.: Säcker/Joost, S. 19; Galperin-Löwisch, BetrVG⁶, vor § 1, Rdnr. 1, 13; a.A.: Wahsner, Gutachten S. 21 ff. (26).

bb) Betriebszugehörigkeit - Dauer des Arbeitsverhältnisses

Des weiteren wird der Begriff der Betriebszugehörigkeit im Betriebsverfassungsrecht entscheidend dadurch geprägt, was man unter "Zugehörigkeit" versteht. Hier soll nicht der alte Streit zwischen Eingliederungstheorie¹⁾ und Vertragstheorie²⁾ neu aufgerollt werden. Es stellt sich in diesem Zusammenhang aber die Frage, ob es für die Berechnung der Betriebszugehörigkeit auf die Zeit der tatsächlichen Eingliederung in die betriebliche Organisation³⁾ oder auf die Zeit der rechtlichen Verbundenheit mit dem Betrieb⁴⁾ ankommt.

Zwar ist auch im Betriebsverfassungsrecht davon auszugehen, daß grundsätzlich jedem Arbeitsverhältnis ein Arbeitsvertrag - sei er auch nichtig oder anfechtbar - zugrundeliegt⁵⁾. Jedoch soll dem Arbeitnehmer durch das BetrVG ein Mitbestimmungsrecht hinsichtlich der Organisation eingeräumt werden, in der er unmittelbar seine Arbeit verrichtet, die unmittelbare Auswirkungen auf die Bedingungen hat, unter denen er seine Arbeit zu verrich-

1) Nikisch, Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis, S. 78 ff.; Lehrbuch I, S. 165.

2) Hueck-Nipperdey, I, S. 37, 125; Staudinger-Nipperdey, vor § 611 BGB, Anm. 39, vgl. auch die Nachweise in Kapitel 4 B I.

3) Säcker/Joost, S. 28 ff., 39 ff.; Galperin-Löwisch, BetrVG⁶ § 8, Rdnr. 6; Dietz-Richardi, BetrVG⁶, § 7, Rdnr. 12; BAG AP Nr. 4 zu § 111 BetrVG; BAG AP Nr. 3 zu § 4 BetrVG; BAG AP Nr. 1 zu § 6 BetrVG; Hueck-Nipperdey-Säcker 7, Bd. 11/2, S. 1131.

4) Martens, FS Hilger/Stumpf, S. 454 f.; Jackel, S. 56 (62); Monjau, DB 1966, S. 1436 f.; Fitting-Auffarth-Kaiser, BetrVG 13, § 7, Rdnr. 9, § 8, Rdnr. 13; offengelassen: BAG AP Nr. 2 zu § 8 BetrVG.

5) BAG DB 1979, S. 1186; BAG AP Nr. 2 zu § 8 BetrVG; Dietz-Richardi, BetrVG⁶ § 5, Rdnr. 5 und 7; Fitting-Auffarth-Kaiser, BetrVG¹³, § 5, Rdnr. 3, § 7, Rdnr. 9; Kamman-Hess-Schlochauer (1979) BetrVG, § 5, Rdnr. 3; Galperin-Löwisch, BetrVG⁶, § 5, Rdnr. 4; Hueck-Nipperdey I, S. 113 ff.

ten hat. Gerade dadurch, daß sich der Arbeitnehmer dem Weisungsrecht des Arbeitgebers unterworfen hat, kann dieser die Art und Weise der Arbeitsleistung bestimmen. Indem der Arbeitgeber den Arbeitnehmer in eine bestimmte Organisation eingliedert, in der dieser gemeinsam mit anderen einen bestimmten technischen Zweck nach Weisung des Arbeitgebers verfolgen soll, macht er von seinem Weisungsrecht Gebrauch¹⁾.

Gerade die Ausgestaltung dieser Organisation hat unmittelbare Auswirkung auf die Arbeitsbedingungen des Arbeitnehmers. Deshalb soll er auch an der Ausgestaltung innerhalb dieser Organisation beteiligt sein. Entscheidend für die Legitimation der betrieblichen Mitbestimmung ist also nicht die vertragliche Verbindung mit dem Arbeitgeber, sondern die Weisungsunterworfenheit, die sich darin äußert, daß der Arbeitnehmer in einer betrieblichen Organisation abhängige Arbeit verrichten muß²⁾.

Deshalb soll der Arbeitnehmer auch eine bestimmte Zeit dieser betrieblichen Organisation angehört haben und sie kennengelernt haben, bevor er das passive Wahlrecht gem. § 8 Abs. 1 BetrVG erwirbt³⁾.

Für diese Ansicht, daß es für die Frage der Betriebszugehörigkeit nach dem BetrVG auf die tatsächliche Weisungsunterworfenheit des Arbeitnehmers ankommt, spricht auch, daß der Gesetzgeber in anderen, älteren Gesetzen nicht auf die Betriebszugehörigkeit, sondern auf die Dauer des Arbeitsverhältnisses abstellt⁴⁾.

Hätte er den rechtlichen Bestand des Arbeitsverhältnis-

1) BAG v. 15.4.82, ZIP 1983, S. 607 (611).

2) Säcker/Joost, S. 19; Biedenkopf-Säcker ZfA 1971, S. 211, 223 ff. m.w.N.; Zeuner, FS Hilger/Stumpf, SI 773.

3) Begr. RegE BetrVG, BT-DS 6/1786, S. 37; vgl. auch BAG AP Nr. 2 zu § 8 BetrVG.

4) Z.B. in § 1 Abs. I KSchG 1969; § 4 BurlG; § 622 Abs. 11 BGB; § 2 Abs. 1 AngKSchG; vgl. hierzu: bereits ebenso Sitzler/Goldschmidt, AngKSchG, S. 52.

ses als entscheidenden Faktor für die Wahlberechtigung zum Betriebsrat angesehen, so hätte es nahegelegen, dies bei der Neufassung des BetrVG 1972 ebenso im Gesetzestext zu berücksichtigen, wie es bei der Neufassung des KSchG 1969 geschehen ist¹⁾.

cc) Normzweck des BetrVG

Normzweck des BetrVG ist es also, das Weisungsrecht des Arbeitgebers insoweit einzuschränken, als er bei der Ausgestaltung der Organisation, innerhalb derer er durch Arbeitnehmer bestimmte arbeitstechnische Zwecke erreichen will, der Mitbestimmung der Arbeitnehmer unterliegt, die in dieser Organisation seinem Weisungsrecht unterstehen²⁾. Das so ausgestaltete Weisungsrecht erfährt der Arbeitnehmer aber gerade in der Zusammenfassung mit anderen Arbeitnehmern in der Organisationseinheit "Betrieb"³⁾.

Die betriebliche Ordnung berührt ihn nicht nur als Individuum, sondern in gleicher Weise wie alle in der konkreten Organisation zusammengefaßten Arbeitnehmer. Deshalb stehen ihm die betriebsverfassungsrechtlichen Rechte nicht als einzelvertragliche Rechte zu, sondern als Mitglied des betrieblichen Kollektivs⁴⁾. Diesem Normzweck entspricht auch der Begriff der Betriebszugehörigkeit, wie er allgemein entwickelt worden ist: nämlich die tat-

1) So ausdrücklich die Begr. d. RegE KSchG, BT-DS 5/3913, S. 8 zu Art. 1 Nr. 1.

2) Vgl. Mitbestimmungsbericht, BT-DS 6/334, S. 56; Galperin-Löwisch, BetrVG⁶, vor § 74, Rdnr. 2 ff.; Fitting-Auffarth-Kaiser, BetrVG¹³, § 1, Rdnr. 26 f.; Dietz-Richardi, BetrVG⁶, § 1, Rdnr. 1 und 2, 50, § 7, Rdnr. 3; Bobrowski/Gaul, D II Rz 4, 26 ff.; F X Rz. 32; Jackel, S. 165; Kreutz, Grenzen der Betriebsautonomie, S. 126 m.w.N.

3) BAG ZIP 1983, S. 611.

4) Dietz-Richardi, BetrVG⁶, Rdnr. 1 m.w.N.

sächliche Zugehörigkeit zu einem Betrieb im oben definierten Sinne¹⁾. Der abstrakte Begriff wird auch dem Normzweck gerecht; überdies dient er der Abgrenzung zu den anderen Begriffen der Unternehmenszugehörigkeit und der Dauer des Arbeitsverhältnisses. Denn daß der Begriff der Betriebszugehörigkeit im BetrVG nur die tatsächliche Eingliederung in die Betriebsorganisation als Ausdruck der Weisungsunterworfenheit des Arbeitnehmers meinen kann, zeigt sich auch daran, daß es eine "rechtliche Betriebsangehörigkeit"²⁾ nicht geben kann.

Denn rechtlich verbunden ist der Arbeitnehmer nicht mit dem Betrieb, sondern mit dem Arbeitgeber, da nur dieser ein Rechtssubjekt ist³⁾. Der Betrieb ist lediglich die Organisationseinheit, in der der Arbeitgeber mit Hilfe der Arbeitnehmer einen bestimmten arbeitstechnischen Zweck verfolgt. Er ist also Produkt des arbeitsvertraglichen Direktionsrechtes des Arbeitgebers⁴⁾, das insoweit durch die kollektive Mitbestimmung der Arbeitnehmer, die diesem Weisungsrecht unterworfen sind, mitgestaltet wird.

b) Begriff der Betriebszugehörigkeit im KSchG 1969

Im KSchG 1969 taucht der Begriff der Betriebszugehörigkeit zwar nicht mehr auf, sondern nur der Begriff des "Arbeitsverhältnisses in demselben Betrieb". Damit hat der Gesetzgeber eindeutig auf den rechtlichen Bestand eines Arbeitsverhältnisses abgestellt⁵⁾. Gleichwohl wird auch diese Wartezeit als "Betriebszugehörigkeit" verstan-

1) Oben Kapitel 2, B 1 c m.w.N.; BAG AP Nr. 1 zu § 6 BetrVG; AP Nr. 3 zu § 4 BetrVG; AP Nr. 4 zu § 111 BetrVG = NJW 1980, S. 83 f.

2) BAG AP Nr. 2 zu § 8 BetrVG unter II 2 a der Gründe.

3) Säcker/Joost, S. 21.

4) BAG v. 15.4.82, ZIP 1983, S. 607 (611).

5) Vgl. Begr. RegE z. KSchG, BT-DS 5/3913, S. 8 zu Art 1 Nr. 1

den¹⁾. Es fragt sich daher, ob das KSchG denselben Begriff der "Betriebszugehörigkeit" kennt wie das BetrVG.

aa) Betrieb - Unternehmen

Auch das KSchG unterscheidet im § 1 - im Gegensatz zu § 2 Abs. 1 AngKSchG von 1926, das lediglich auf die Dauer des Beschäftigungsverhältnisses zum Arbeitgeber abgestellt - mehrfach zwischen Betrieb und Unternehmen. Es ist zudem gem. § 23 Abs. 1 nur in Betrieben mit mehr als fünf Arbeitnehmers wirksam, so daß bereits der Wortlaut auf eine gleiche Unterscheidung der Begriffe wie im BetrVG schließen lassen könnte.

Diese Ansicht wird noch verstärkt durch die Tatsache, daß ein allgemeiner Kündigungsschutz für die Arbeiter erstmals durch das Betriebsrätegesetz von 1920 eingeführt worden ist²⁾. Wie insbesondere in der Begründung zum ersten Regierungsentwurf des BRG zum Ausdruck gekommen ist, war Ausgangspunkt der Überlegungen damals, das Mitbestimmungsrecht der Arbeitnehmer erfordere auch ein Mitbestimmungsrecht bei Kündigungen. Diese sollte konsequent vom Betriebsrat ausgeübt werden, dem einzelnen Arbeitnehmer also nicht als einzelvertragliches, sondern ebenfalls nur als kollektives Recht zustehen³⁾. Der Entwurf ist aber nur in erheblich abgeschwächter Form Gesetz geworden.

Nicht der Betriebsrat, sondern der einzelne Arbeitnehmer sollte sich gegen seine Kündigung wenden, weshalb das Kündigungsschutzrecht bereits damals, obwohl es im Be-

1) Hueck, KSchG¹⁰, § 1, Rdnr. 19 f., 23 a; Hueck-Nipperdey (I), S. 631, LAG Düsseldorf DB 1982, S. 1937.

2) Hueck, KSchG¹⁰, Einl. 13; vgl. § 84 BRG 1920; zum kollektiven Charakter dieser Bestimmung: Eichelsbacher, BRG (1929), S. 3, 12; Flatow BRG (1922), S. 205 ff.

3) Hueck, a.a.O.; sowie Flatow BRG (1922), S. 206.

triebsrätegesetz geregelt war, als Teil des Arbeitsvertragsrechts bezeichnet worden ist¹⁾.

Gleichwohl ist der Bezug zum Betriebsverfassungsrecht unverkennbar. Auch heute wird die Betriebsbezogenheit des Kündigungsschutzes nach dem KSchG 1969 betont²⁾.

bb) Arbeitsverhältnis - Betriebszugehörigkeit

Jedoch hat sich das Kündigungsrecht im Zuge seiner späteren Novellierungen immer mehr von seinem mitbestimmungsrechtlichen Bezug entfernt. Statt dessen wurde sein einzelvertraglicher Charakter betont³⁾. Durch die Kündigung wird unmittelbar die Rechtsstellung des Arbeitnehmers betroffen. Deshalb steht der Kündigungsschutz auch ihm als Einzelperson zu, er hat sich um die Wahrung seiner Rechte zu kümmern. Daß daneben auch die personellen Mitwirkungsrechte des Betriebsrat betroffen sind, steht dem nicht entgegen. Für die Frage, ob ein Arbeitnehmer i.S.d. KSchG dem Betrieb zugehörig ist, ist demnach nicht entscheidend, ob er dem Weisungsrecht des Betriebsinhabers untersteht, sondern ob er mit dem Betriebsinhaber arbeitsvertraglich verbunden ist. Besteht kein solcher Arbeitsvertrag, kann ihm der Betriebsinhaber auch nicht kündigen⁴⁾. Das Kündigungsschutzrecht will dem Interesse des Arbeitnehmers am Erhalt seines konkreten Arbeitsver-

1) Hueck, KSchG¹⁰, Einl. 13 m.w.N.; Flatow BRG (1922) S. 206.

2) BAG v. 14.10.82, DB 83, S. 2635 (2636), das einen Konzernbezug ausdrücklich verneint; BAG AP Nr. 3 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung mit Anm. v. Wiedemann/Strohn; Hueck, KSchG¹⁰, § 1, Rdnr. 19, 102; Schaub, Handbuch, § 131 I 1 u. 3 jew. m.w.N.; anders dagegen für das Angest.KSchG: bereits Sitzler/Goldschmidt (1930), S. 52 ff m.w.N.

3) Vgl. Begr. RegE BT-DS 5/3913, S. 9.

4) BAG v. 9.9.82, ZIP 1983, S. 486 (487 ff.); Hueck, KSchG¹⁰, § 1, Rz. 7; Herrschel/Steinmann, KSchG § 1, Rz 20.

hältnisses Rechnung tragen¹⁾, da sich gerade hier die unsichere Stellung des abhängig Beschäftigten zeigt.

Nach einer bestimmten Probezeit soll der Arbeitnehmer auf den Bestand seines Arbeitsvertrages vertrauen können. Dies wird verstärkt durch die Einräumung längerer Kündigungsfristen²⁾ mit langer Betriebszugehörigkeit. Durch diese soll einerseits der dem Arbeitgeber durch die Anpassung an die Betriebsorganisation entstandene Vorteil wie andererseits dem durch die langjährige Eingliederung in den Betrieb entstandenen Vertrauen des Arbeitnehmers in den Bestand des Arbeitsverhältnisses Rechnung getragen werden³⁾.

Die Betriebsbezogenheit des Kündigungsschutzes äußert sich dagegen darin, daß der gesetzliche Kündigungsschutz dem Arbeitnehmer nicht schlechthin eine Arbeitsplatzgarantie verschaffen will, sondern ihm nur seinen konkreten Arbeitsplatz sichern will. Das Kündigungsrecht des Arbeitgebers wird auf sozial berechnigte Fälle beschränkt⁴⁾. Als Abgrenzung für die Frage, wann eine betriebsbedingte Kündigung gerechtfertigt ist, sollen aber nur Kriterien aus dem unmittelbaren Umfeld des Arbeitnehmers dienen. Nur Umstände, die sich unmittelbar auf die Organisation auswirken, innerhalb der der Arbeitnehmer seine Arbeit verrichtet, können die Kündigung rechtfertigen⁵⁾.

Da das Kündigungsschutzrecht am Arbeitsvertrag des Arbeitnehmers anknüpft und dessen Bestand schützen will, ist nicht ersichtlich, weshalb dem Arbeitnehmer ein Wei-

1) Hueck, KSchG¹⁰, Einl. 60, § 1, Rz 2; BAG v. 16.9.82 NJW 1983, S. 1341 (1342).

2) Z.B. § 622 II BGB; § 2, 11 AngKSchG; diese Vorschriften werden durch das KSchG 1969 nicht berührt, vgl. Hueck, KSchG¹⁰, Einl. 61.

3) Vgl. BVerfG NJW 1983, S. 617 (619); BAG AP Nr. 7 zu § 2 AngKSchG

4) BAG NJW 1983, S. 1341 (1342); Hueck, KSchG¹⁰, § 1, Rz 2; Martens, BAG-FS, S. 379; Berkowsky, NJW 1983, S. 1292 (1293)

5) Berkowsky, NJW 1983, S. 1293; Hueck, KSchG¹⁰, § 1, Rz 102 ff. (104 a m.w.N.) BAG AP Nr. 18 zu § 1 KSchG; BAG NJW 1983, S. 1341 (1342); BAG v. 14.10.82 DB 83, S. 2635.

terbeschäftigungsanspruch nur im selben Betrieb zustehen soll.

Vielmehr ist eine Kündigung auch dann nicht betrieblich bedingt, wenn der Arbeitnehmer im Unternehmen seines Arbeitgebers weiterbeschäftigt werden kann. Denn ein Abstellen auf den Gesetzeswortlaut hätte eine durch nichts gerechtfertigte Ungleichbehandlung der Arbeitnehmer zur Folge, je nachdem, ob ein Betriebsrat existiert oder nicht¹⁾: Im Falle des Widerspruchs des Betriebsrates gem. § 102 Abs.2 S.1 BetrVG hätte der Arbeitnehmer einen Weiterbeschäftigungsanspruch auch im Unternehmen seines Arbeitgebers, § 1 Abs. II S. 2 Nr. 1 b KSchG.

cc) Entstehungsgeschichte und Normzweck des KSchG

Somit ist es wegen der historisch bedingten Verwandschaft des Kündigungsschutzrechtes mit dem Betriebsverfassungsrecht gerechtfertigt, grundsätzlich die Begriffe "Betrieb" und "Unternehmen" ebenso abzugrenzen wie im BetrVG. Jedoch ist es wegen des gewandelten Verständnisses des Kündigungsschutzrechtes als Bestandteil des Individualarbeitsrechts erforderlich, für die Frage der Betriebszugehörigkeit nicht auf eine tatsächliche Eingliederung in eine betriebliche Organisation abzustellen, sondern auf das rechtliche Bestehen des Arbeitsverhältnisses.

1) Schwerdtner, in: MÜKo III/1, vor § 620 BGB App. 277; Schaub, Handbuch, § 131, 1, 4; Hueck, KSchG¹⁰, § 1, Rz 114 b;
in diese Richtung auch: BAG vom 22.7.82, NJW 1983, 700 (701); BAG DB 83, S. 2635 (2637).

c) Begriff der Betriebszugehörigkeit im BetrAVG

Auch in § 1 BetrAVG hat der Gesetzgeber den Erwerb eines Rechtes von einer bestimmten Dauer der Betriebszugehörigkeit abhängig gemacht, so daß sich die Frage stellt, ob hiermit der betriebsverfassungsrechtliche Begriff gemeint ist.

aa) Begriffe Betrieb-Unternehmen-Arbeitgeber

Auch im Betriebsrentengesetz verwendet der Gesetzgeber die Begriffe Betrieb - Unternehmen - Arbeitgeber. Während er den Begriff "Betrieb" aber nur in adjektivischer Form gebraucht¹⁾, benutzt er die Begriffe Arbeitgeber und Unternehmen teilweise synonym als Subjekt. So hängt zwar die Unverfallbarkeit einer Versorgungsanwartschaft von der Betriebszugehörigkeit ab, insolvenzgesichert ist sie aber gem. § 7 Abs. I nur im Falle des Konkurses des Arbeitgebers. § 3 Abs. I BetrAVG läßt die Abfindung einer unverfallbaren Versorgungsanwartschaft zu, wenn die Anwartschaft auf einer Zusage beruht, die weniger als zehn Jahre vor dem Ausscheiden aus dem Unternehmen erteilt wurde. In § 7 Abs. I S. 2 wird für den Fall einer mittelbaren Versorgungszusage über eine Unterstützungskasse der Arbeitgeber als Trägerunternehmen bezeichnet. Das Gesetz bezeichnet eine Versorgungszusage²⁾ aus Anlaß des Arbeitsverhältnisses generell als betriebliche Altersversorgung (§ 1 Abs. I Satz 1), auch wenn die Versorgungsart gar nicht auf den Betrieb, sondern von vornherein auf ein Unternehmen oder sogar auf mehrere Unternehmen bezogen ist, wie sich aus § 9 Abs. III Satz 3 i.V.m. § 1 Abs. IV ergibt.

1) Z.B. in § 1 Abs. I: Betriebszugehörigkeit, betriebliche Altersversorgung, betriebliche Übung.

2) Vgl. zum Begriff der Versorgungszusage: BAG DB 1982, S. 855; Schaub, ZIP 1983, S. 23 f.

Weiterhin stellt § 17 Abs. 1 S. 2 Personen den Arbeitnehmern gleich, denen eine Versorgung aus Anlaß ihrer Tätigkeit für das Unternehmen zugesagt worden ist. Bei arbeitnehmerähnlichen Personen i.S.d. § 17 Abs. I S. 2 stellt das Gesetz nach seinem Wortlaut somit nicht auf die Betriebs-, sondern auf die Unternehmenszugehörigkeit ab.

Weiterhin verwendet das Gesetz in § 15 den Begriff des Betriebsgeheimnisses, der unstreitig nicht nur Geheimnisse eines Betriebs im o.a. Sinne schützt, sondern vielmehr die Geheimnisse des gesamten Unternehmens meint. Der Wortlaut des Gesetzes läßt eine einheitliche Terminologie somit nicht erkennen.

bb) Normzweck des BetrAVG - Entstehungsgeschichte

Aber auch aus der Entstehungsgeschichte des Betriebsrentengesetzes läßt nichts darauf schließen, daß der Gesetzgeber die Begriffe "Betrieb", "Betriebliche Altersversorgung", "Betriebszugehörigkeit" in dem engen Sinne verwendet hat, wie er in der Rechtsprechung zum Betriebsverfassungsgesetz entwickelt worden ist.

Auch fehlt eine gemeinsame Wurzel wie etwa im Kündigungsschutzrecht, die eine Übertragung der Begriffe ohne weiteres ermöglicht. Vielmehr hat der Gesetzgeber ausdrücklich an die Terminologie angeknüpft, wie sie in der Praxis sich entwickelt hat¹⁾. Dort ist diese aber nie problematisiert worden. Denn in allen bis zum Erlaß des BetrAVG vom BAG entschiedenen Fällen gehörte der Arbeitnehmer einem Betrieb an, ohne daß aber die Versorgungszusage auf diesen Betrieb beschränkt war. Das Problem eines Betriebs- oder gar Unternehmenswechsels ist erst nach

1) Begr. RegE, BT-DS 7/1281, S. 20, 22.

der grundlegenden Entscheidung des BAG vom 10.3.1972¹⁾ aufgetaucht²⁾.

Da hatte sich der Begriff der "betrieblichen" Altersversorgung aber bereits eingebürgert, an den das Gesetz anknüpfte.

Dieser ist aber nicht nur durch die arbeitsrechtliche Praxis, sondern in gleichem Maße auch durch die wirtschaftsberatende Praxis geprägt worden³⁾. Dort wird der Betriebsbegriff aber in ganz anderen, nämlich in wirtschaftlichem Sinne, gebraucht⁴⁾.

Der Begriff des "Betriebs" im Sinne von "betrieblich" ist aber auch sonst im Bereich des Arbeitsrechts nicht ausschließlich in seiner engen Bedeutung als durch den Arbeitszweck bestimmte Organisationseinheit verwendet worden⁵⁾.

Aber auch abgesehen davon, daß der Betriebsbegriff auch in der juristischen Terminologie häufig identisch mit dem Unternehmensbegriff ist⁶⁾, ist zu beachten, daß sich die Definition des Betriebsbegriffes auch für das allgemeine Arbeitsvertragsrecht sehr eng an die Definitionen, wie sie für das Betriebsverfassungsrecht entwickelt wurden, angelehnt hat⁷⁾.

1) BAG AP Nr. 156 zu § 242 BGB Ruhegehalt = DB 1972, 1486 ff.

2) In der Entscheidung des BAG vom 13.7.1973, AP Nr. 1 zu § 242 BGB Ruhegehalt - Konzern.

3) Vgl. etwa Bönnstein, DStZ 1960, S. 261; Benner/Bals BB 1974, Beilage Nr. 11; Heubeck BetrAV 1959, S. 142; ders. DB 1968, S. 1963; ders. BB 1973, S. 337; Höfer, R. BB 1973, S. 747; Nies BetrAV 1966, S. 149; ders. BetrAV 1975, S. 201; Rau BB 1965, S. 940; siehe auch Lemitz DB 1970, S. 1497 und 1549.

4) Siehe oben B 1 b.

5) Vgl. etwa §§ 4 Abs. III Ziff. 2, 17 Abs. I ArbNErfG, in dem der Begriff des Betriebs offenbar ebenfalls im Sinne von "Unternehmen" gebraucht wird; ebenso Bobrowski/Gaul F VIII, Rz 14; Reimer/Schade/Schippel, ArbNErfG § 18 Rz 10.

6) So z.B. in der GewO oder in der RVO; vgl. hierzu im einzelnen Jacobi, FS-Ehrenberg, S. 3; sowie Fabricius, Unternehmensverbindungen, S. 87 ff. jew. m.w.N.

7) So entwickelte Jacobi, a.a.O., seine Definition in erster Linie in Hinblick auf das BRG 1920 und den darin enthaltenen allgemeinen Kündigungsschutz, sowie auf die Vorschriften der GewO, RVO HGB, a.a.O., S. 25 ff. (27).

Denn wie o.a., wurde der Betriebsbegriff im Arbeitsrecht zunächst im BRG 1920 relevant. An ihm orientierte sich wegen der gemeinsamen historischen Wurzel auch das allgemeine Kündigungsschutzrecht, während das AngStKSchG von 1926 sogleich auf den Bestand des Arbeitsverhältnisses abstellte. Diese Abkehr vom betriebsverfassungsrechtlich geprägten Begriff der Betriebszugehörigkeit vollzog sich im allgemeinen Kündigungsschutz erst mit der Novelle des KSchG von 1969.

Es ist also nicht auszuschließen, daß das BetrAVG von einem Begriff der Betriebszugehörigkeit ausging, den es in dieser Allgemeinheit gar nicht gibt¹⁾. Somit ist für die Auslegung dieses Begriffes der Zweck der Norm maßgebend²⁾. Das Gesetz knüpfte ausdrücklich an die genannte Entscheidung des BAG an. In dieser wird die Unverfallbarkeit einer Versorgungsanwartschaft gerade damit begründet, daß ein Arbeitnehmer, der seinem Betrieb über lange Zeit treu geblieben sei und dafür eine Versorgungszusage erhalten habe, die in Erwartung der Versorgung geleistete Treue später nicht mehr nachholen könne, wenn das Arbeitsverhältnis beendet sei. Damit sah das Gericht aber nicht die Zugehörigkeit zum Betrieb, sondern die lange vertragliche Verbundenheit der Arbeitsvertragspartner als entscheidendes Kriterium an.

Die Eingliederung in den Betrieb erfolgt ja nur auf Grund des Arbeitsvertrages; ihn ergänzt die Vorsorgezusage. Mit dem Betrieb ist der Arbeitnehmer aber rechtlich nicht verbunden, da dieser kein Rechtssubjekt darstellt. Somit kann er seine Treue auch nicht dem Betriebs als Or-

1) Daß die herkömmliche Unterscheidung zwischen Betrieb und Unternehmen auch im Bereich des § 245 RVO nicht paßt, hat Fabricius, Unternehmensverbindungen, S. 87 f., nachgewiesen. Gerade auf die RVO bezog sich aber Jacobi, a.a.O., S. 33, in seiner Untersuchung zur Bestimmung des Betriebsbegriffs.

2) Larenz, Methodenlehre, S. 315 ff., 438 f.

ganisation, sondern nur dem Arbeitgeber als Person erbracht haben. Denn das Gericht sah die geleistete Betriebstreue ausdrücklich als vertragliche Leistung an¹⁾. Dagegen läßt sich der gesamten BAG-Rechtsprechung kein Hinweis darauf entnehmen, daß die Versorgungszusage eine Ausgleichsleistung für die Weisungsunterworfenheit des Arbeitnehmers im Betrieb sei. Auf diesen Erwägungen beruht aber die Unterscheidung zwischen Betrieb und Unternehmen im Betriebsverfassungsrecht²⁾.

An diese Rechtsprechung, die die Versorgungszusage als Bestandteil des Arbeitsvertrages ansah und sie als vermögenswerte Gegenleistung für die bereits vom Arbeitnehmer erbrachte Vertragstreue ansah³⁾, knüpfte das BetrAVG an.

Es bezweckte somit die Absicherung eines auf Grund des Arbeitsvertrages erworbenen Vermögenswertes. Es wollte diese Ansprüche aber nicht inhaltlich beschränken. Denn dadurch wäre die Weisungsunterworfenheit und die damit verbundene soziale Abhängigkeit des Arbeitnehmers nur noch verstärkt worden. Denn dann könnte der Arbeitgeber den Eintritt der Unverfallbarkeit unter Umständen bis ins Uferlose durch ständige Umorganisation bzw. Umsetzungen hinauszögern.

Der Begriff "Betriebstreue" bezog sich ebensowenig wie

-
- 1) BAG vom 10.3.72, DB 72, S. 1488 f.; BAG v. 8.12.81, DB 1982, S. 46 und S. 50; vgl. hierzu auch: Blomeyer, FS Hilger/Stumpf, S. 44 f.
 - 2) Mitbestimmungsbericht, BT-DS 6/334, S. 56; Dietz-Richardi, BetrVG⁶, vor § 1, Rz 2, § 1, Rz 50 f.; Säcker/Joost, S. 19; Zeuner, FS Hilger/Stumpf, S. 773, 774 ff., jew. m.w.N.
 - 3) Vgl. etwa den starken arbeitsvertraglichen Bezug in: BAG AP Nr. 83 (unter III der Gründe); Nr. 87; Nr. 102 (unter II 2); Nr. 117 (unter 3); Nr. 122 (unter B 1); Nr. 123 (unter 1); Nr. 127 (unter III 2); Nr. 144 (unter 2 b, 3 a); Nr. 154 (unter II, III 2); Nr. 156 (unter II 1, 2 a); Nr. 160; Nr. 172 (unter 1 und 3) zu § 242 BGB Ruhegehalt.

die Formulierung "Betriebliche Altersversorgung" auf den engen Betriebsbegriff, wie er für das Betriebsverfassungsrecht herausgearbeitet worden ist¹⁾.

So führt die Begründung des Regierungsentwurfs auch selbst aus, das dem Entwurf zugrunde liegende Regelungsbedürfnis liege in der Tatsache, daß es unvertretbar sei, wenn ein Arbeitnehmer bei seinem Ausscheiden aus dem Unternehmen vor Eintritt des Versorgungsfalls seine gesamte Anwartschaft verliere, obwohl er längere Zeit für dieses Unternehmen seine Arbeitsleistung erbracht habe²⁾.

Der Gesetzgeber des BetrAVG verstand die "betriebliche Altersversorgung" ersichtlich nicht als eine Versorgung, die sich auf Betriebe i.S.d. BetrVG beschränkt, sondern ging, wie sich z.B. aus der Formulierung in §§ 1 Abs. IV; 7 Abs. 1 Satz 2; 9 Abs. III Satz 3 BetrAVG ergibt, in der der die Versorgung zusagende Arbeitgeber als Trägerunternehmen bezeichnet wird bzw. ihm gleichgestellt wird, von einer Gleichstellung von Arbeitgeber und Unternehmen aus³⁾.

Das BetrAVG hat insofern also keine neuen Begriffe geprägt, weshalb eine Fortentwicklung des Begriffs der Betriebszugehörigkeit durch die Gerichte nicht möglich ist⁴⁾. Auch aus diesem Grunde lassen sich die Überlegungen, die zur Auslegung der Begriffe "Betrieb" und "Betriebszugehörigkeit" in anderen Gesetzen angestellt worden sind, nicht auf das Betriebsrentengesetz übertragen.

Da das Gesetz somit die finanziellen Auswirkungen des Arbeitsvertragsverhältnisses regelt, kann mit "Betriebszugehörigkeit" im Sinne des BetrAVG jedenfalls nicht die

1) Vgl. auch Wiedemann/Moll RdA 1977, S. 15.

2) Begr. RegE, BT-DS 7/1281, S. 20.

3) Ebenso der PSVaG in seinem Merkblatt 300/M 6/ 4.81 unter 7, abgedruckt in ZIP 1981, S. 1042; vgl. auch die Begr. RegE, BT-DS 7/1281, S. 30 f.

4) Blomeyer, BetrAV 1979, S. 78 (81).

Dauer der Zugehörigkeit zu einem Betrieb im betriebsverfassungrechtlichen Sinne gemeint sein¹⁾.

Aber auch eine Übertragung des Begriffs der Betriebszugehörigkeit, wie er sich im Kündigungsschutzrecht entwickelt hat, würde dem Normzweck des Betriebsrentengesetzes nicht gerecht²⁾. Denn das KSchG 1969 bezweckt den Bestandsschutz des konkreten Arbeitsverhältnisses zugunsten des Arbeitnehmers. Um aber das Arbeitsverhältnis nicht von Anfang an zu "zementieren", ist das Eingreifen des Kündigungsschutzes von einer sechsmonatigen Wartezeit abhängig, in der das Prinzip der Kündigungsfreiheit gilt.

Diese Zeit soll dem Arbeitgeber die Möglichkeit geben, den Arbeitnehmer auf seine Verwendbarkeit in dem engeren Organisationsbereich, in dem er seine Arbeit erbringen soll, zu erproben³⁾. Läßt er diese Zeit verstreichen, so muß er sich darauf einstellen, dem Arbeitnehmer nur noch aus sozial gerechtfertigten Gründen kündigen zu können. Aus demselben Grunde knüpfen die Bestimmungen über die Kündigungsfristen⁴⁾ deshalb an die "Betriebszugehörigkeit" im Sinne des Bestehens des Arbeitsverhältnisses in demselben Betrieb an, weil der gesetzliche Kündigungsschutz primär den konkreten Arbeitsplatz des Arbeitnehmers erhalten will⁵⁾.

Dagegen will das BetrAVG dem Arbeitnehmer Vermögensrechte aus dem Arbeitsvertrag erhalten. Der Arbeitnehmer erbringt seine lange Betriebstreue, also seine Betriebszugehörigkeit, als Leistung aus dem Arbeitsvertrag, im Falle einer Versorgungszusage sogar als arbeitsvertrag-

1) So im Ergebnis auch: Kiefer/Giloy, BetrAVG § 1 Anm. 8, 2; Höfer BetrAVG § 1, Rdnr. 104, 105; BGH AP Nr. 9 zu § 1 BetrAVG Wartezeit = BB 1981, S. 1276; BAG v. 8.8.79, DB 1980, S. 115.

2) Ebenso BAG v. 14.8.80, AP Nr. 6 zu § 1 BetrAVG Wartezeit mit zust. Anm. von Blomeyer.

3) Hueck, KSchG¹⁰, § 1, Rdnr. 23 a.

4) Etwa § 2 Abs. I AngKSchG, § 622 Abs. II BGB.

5) BAG NJW 1983, S. 1341 (1342); Hueck, KSchG¹⁰, § 1 Rz 114 a; Martens, BAG-FS, S. 378 f.

lich geschuldete Leistung¹⁾. Indem der Gesetzgeber für den Eintritt der Unverfallbarkeit einer Versorgungsanwartschaft nicht nur auf eine bestimmte Zusagedauer abstellte, sondern es ausreichen ließ, wenn der Arbeitnehmer seine Betriebstreue erst relativ kurze Zeit in Erwartung einer Versorgung erbracht hat, sofern er nur insgesamt schon lange Zeit dem "Betrieb treu" war, hat er auch dieser "Betriebstreue" schon einen vertraglichen Leistungscharakter zuerkannt¹⁾.

Die Betriebszugehörigkeit im Sinne des BetrAVG, die zur Unverfallbarkeit einer Versorgungsanwartschaft führt, ist somit nicht nur eine Probezeit, sondern bereits vertragliche Leistungserbringung. Diese Leistungen sollen aber erst nach einer bestimmten Dauer (Mindestbetriebstreue)²⁾ zu einer unverfallbaren Anwartschaft erstarken. Darüber hinaus hängen im Falle einer Versorgungszusage von der Dauer der Betriebszugehörigkeit erhebliche finanzielle Aufwendungen des Arbeitgebers ab, die dieser in ihrem Umfang klar voraussehen können muß. Die Betriebszugehörigkeit des BetrAVG läßt sich somit nicht mit der des Kündigungsschutzrechts vergleichen³⁾.

C. Normzweckorientierte Auslegung des Betriebszugehörigkeitsbegriffs im BetrAVG

Scheidet ein Rückgriff auf andere Definitionen des Begriffes der Betriebszugehörigkeit aus, so fragt es sich, was im Bereich des Betriebsrentengesetzes darunter zu verstehen ist.

So stellt sich zunächst die Frage, ob das BetrAVG, indem es für die Unverfallbarkeit der Versorgungsanwartschaft

1) Blomeyer/Otto, BetrAVG, § 1 Rdnr. 101; Kemper, Unverfallbarkeit, S. 26; vgl. auch BVerfG v. 19.10.82, NJW 84, S. 477.

2) BAG AP Nr. 6 zu § 1 BetrAVG Wartezeit unter I 2 der Gründe.

3) BAG, a.a.O., (FN 2) mit zust. Anm. Blomeyer; a.A.: Höhne, BetrAVG § 7, Anm. 59; Höfer, BetrAVG § 1, Anm. 104.

nicht auf die Dauer des Arbeitsverhältnisses¹⁾, sondern auf die Betriebszugehörigkeit abstellt, auf den rechtlichen Bestand des Arbeitsverhältnisses oder auf die tatsächliche Zugehörigkeit des Arbeitnehmers zu einer Organisationseinheit "Betrieb" rekurriert.

Ausgangspunkte der Überlegungen müssen, da der Wortlaut des Gesetzes in sich widersprüchlich ist, die Entstehungsgeschichte sowie der Regelungszweck des Gesetzes sein²⁾.

Der Gesetzgeber knüpfte unmittelbar an die bisherige Rechtsprechung des BAG an und übernahm damit auch dessen Terminologie³⁾. Er selbst verstand unter Betriebstreue offenbar die auf Grund eines Arbeitsvertrages innerhalb eines Unternehmens verbrachte Zeit⁴⁾. Das BAG, an dessen Rechtsprechung das BetrAVG anknüpft, verstand die Notwendigkeit der Unverfallbarkeit einer Versorgungszusage darin, daß die Versorgungszusage sowohl für geleistete wie für noch zu leistende Betriebstreue gegeben werde. Der Arbeitnehmer erbringe damit eine Leistung aus dem Arbeitsvertrag, die er nicht beliebig wiederholen könne⁵⁾. Es sah die Grundlage sowohl der Betriebstreue wie der Versorgungszusage im Arbeitsvertrag.

Die Versorgungsanwartschaft sei zwar kein angespartes Arbeitsentgelt, da es an einer unmittelbaren Werterelation fehle⁶⁾. Gleichwohl habe sie Entgeltcharakter, da sie eine auf Grund des Arbeitsvertrages erbrachte Lei-

1) Wie z.B. § 4 BurlG; § 2 Abs. I AngKSchG, § 622, Abs. II, BGB.

2) Larenz, Methodenlehre, S. 315 ff.

3) Begr. RegE, BT-DS 7/1281, S. 22, 30.

4) Begr. RegE, BT-DS 7/1281, S. 10; vgl. auch die Antwort des Parl. Staatssekretärs Buschfort auf eine Frage des Abgeordn. Pawelczyk vom 22.5.75, BT-DS 7/3630.

5) BAG v. 10.3.72, DB 72, 1487 ff.

6) Blomeyer, RdA 1977, S. 6; ders. Anm. zu AP Nr. 6 zu § 1 BetrAVG Wartezeit unter I; Höfer/Kemper, DB 1974, S. 241 (243).

stung abgelte¹⁾.

Im Vordergrund des Betriebsrentenrechts steht somit der Arbeitsvertrag zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Zwar sprechen sowohl das BAG wie auch die Gesetzesbegründung von einer "Betriebs"treue, die abgegolten werden solle. Jedoch kann der Arbeitnehmer nicht der Organisation "Betrieb" die Treue halten, sondern allenfalls dem Betriebsinhaber, da "Treue" als ethischer Wert nur einer Person, nicht aber einer bloßen Organisation erbracht werden kann. Auch wäre es nicht mit dem Sinn des Betriebsrentengesetzes zu vereinbaren, einem Arbeitnehmer, dem auf Grund seines Arbeitsverhältnisses eine Versorgungszusage gemacht worden ist, der aber wegen der Eigenart seines Beschäftigungsverhältnisses entweder überhaupt in keinen Betrieb eingeordnet ist oder aber ständig den Betrieb wechselt (zu denken ist etwa an Außendienstmitarbeiter, überbetriebliche Revisoren oder an Besatzungsmitglieder von Schiffen oder Flugzeugen, die die Fahrzeuge wechseln), sondern dem Unternehmen dient, den Erwerb einer unverfallbaren Versorgungsanswartschaft zu versagen, nur weil er keinem Betrieb in betriebsverfassungsrechtlichem Sinne die Treue halten konnte.

Wenn die Versorgungszusage Teil des Arbeitsvertrages wird, nimmt sie ebenso wie die Gegenleistung, die sie abgelten soll, am synallagmatischen Charakter des Arbeitsverhältnisses teil²⁾.

Die Gegenleistung der Versorgungszusage ist aber nach der Diktion des BAG wie des Gesetzes die "Betriebstreue". Somit kann sie sich nur nach der Dauer des Arbeitsver-

1) BAG v. 12.6.75, BB 1975, S. 1062, das die Versorgungsleistung als "Soziallohn" bezeichnet.

2) Blomeyer, RdA 1977, S. 6; ders. Anm. zu AP Nr. 6 zu § 1 BetrAVG Wartezeit unter I; Höfer/Kemper, DB 1974, S. 241 (243).

hältnisses richten. Wird das Arbeitsverhältnis rechtlich unterbrochen, so kann der Arbeitnehmer auch keine "Betriebsstreue" mehr erbringen, weil es an einem rechtlichen Band zwischen ihm und dem (ehemaligen) Arbeitgeber fehlt¹⁾. Dies muß aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit auch bei nur kurzen rechtlichen Unterbrechungen gelten, so daß auch in diesen Fällen eine Zusammenrechnung der Betriebszugehörigkeitsdauer nicht möglich ist²⁾.

Denn anders als im Betriebsverfassungs- oder Kündigungsschutzrecht hängen von der Erfüllung der Unverfallbarkeitsvoraussetzung einer 12jährigen Betriebszugehörigkeitsdauer im Betriebsrentenrecht erhebliche Leistungspflichten des Arbeitgebers ab. So muß er Rücklagen bilden bzw. Beiträge an die selbständigen Unterstützungseinrichtungen ebenso wie Beiträge an den Träger der Insolvenzversicherung abführen. Hierfür ist es erforderlich, daß der Arbeitgeber sich auf klar abgrenzbare Kriterien seiner Leistungspflicht verlassen können muß. Dem genügt aber der unbestimmte Rechtsbegriff des "inneren Zusammenhangs der Arbeitsverhältnisse", wie er als Voraussetzung einer Zusammenrechenbarkeit von Betriebszugehörigkeitszeiten im KSchG usw. entwickelt worden ist³⁾, nicht.

-
- 1) BAG v. 9.3.82, ZIP 1982, S. 1116; Blomeyer/Otto, BetrAVG, § 1 Rdnr. 82 f.
 - 2) BAG vom 14.8.80 AP Nr. 6 zu § 1 BetrAVG Wartezeit mit zust. Anm. Blomeyer; ähnlich Kiefer/Giloy, BetrAVG § 1, Anm. 8.1; Blomeyer/Otto, BetrAVG, § 1 Rdnr. 112. Grundsätzlich ebenso: Kemper, Unverfallbarkeit, S. 81 ff.; die Ausnahmen, die Kemper z.B. für Kampagnenbetriebe bildet, lassen sich m.E. besser mit einer ergänzenden Vertragsauslegung lösen: gibt ein Kampagnenbetrieb eine Versorgungszusage, so wollen die Parteien, wenn der Vertrag keine Regelung enthält, bei jedem Neuabschluß des Arbeitsvertrages die Vordienstzeiten aus den früheren Kampagnen anrechnen, da ansonsten eine an der Betriebszugehörigkeitsdauer orientierte Versorgungszusage sinnlos wäre. Grundsätzlich a.A.: Höhne, BetrAVG, § 7, Rdnr. 59.
 - 3) Vgl. nur BAG vom 23.9.76, AP Nr. 2 zu § 1 KSchG 1969 Wartezeit (unter 4 der Gründe) mw.N.; ähnlich: BAG AP Nr. 1 zu § 832 ZPO (unter 1 der Gründe).

Der Umfang der vertraglichen Leistungspflicht muß sich vielmehr aus dem Vertrag selbst klar ergeben. Da die Leistungspflicht des Arbeitgebers von einer Leistung des Arbeitnehmers aus diesem konkreten Arbeitsvertrag abhängig ist (nämlich einer "Mindestbetriebstreue"), beendet die rechtliche Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses auch die Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers¹⁾.

Dies hindert jedoch nicht, durch vertragliche Vereinbarung auch Vordienstzeiten aus anderen Arbeitsverhältnissen anzurechnen²⁾.

D. Ergebnis

Als Ergebnis bleibt festzuhalten, daß es einen allgemein gültigen Begriff der Betriebszugehörigkeit, der sowohl dem Normzweck des BetrVG und KSchG als auch dem des BetrAVG gerecht wird, nicht gibt.

Das BetrAVG verwendet neben dem Begriff des Betriebs gleichbedeutend auch die Begriffe "Arbeitgeber" und "Unternehmen". Betriebszugehörigkeit i.S.d. BetrAVG ist abweichend vom BetrVG und KSchG als Unternehmens(bzw. Arbeitgeber)zugehörigkeit zu verstehen. Dieser so verstandene Begriff der Betriebszugehörigkeit wird im BetrAVG jedoch in allen Vorschriften im gleichen Sinne verwendet.

-
- 1) BAG v. 9.3.82, ZIP 1982, S. 1116; BAG v. 14.8.80, AP Nr. 6 zu § 1 BetrAVG Wartezeit mit zust. Anm. Blo-meyer; Kiefer/Giloy, BetrAVG § 1, Anm. 8.1; Höfer, BetrAVG § 1, Rdnr. 147; Kemper, Unverfallbarkeit, S. 81 ff.; LAG München, BetrAV 1977, S. 66; BGH v. 4.5. 81, AP Nr. 9 zu § 1 BetrAVG Wartezeit (unter 2 der Gründe); Merkblatt des PSVaG 300/M 5/11.80. "Betriebs-zugehörigkeit" unter 1.6.1 und 2.1.1, abgedruckt ZIP 1981, S. 442.
- 2) BT-DS 7/3630; BAG DB 1982, S. 1728 und 2090; zum Insolvenzschutz derartiger Vereinbarungen nachfolgend Kap. 6 B IV.

Jedoch ist es denkbar, daß es der Schutzzweck des Betriebsrentengesetzes gebietet, den Konzern als Arbeitgeber oder Unternehmen im Sinne des Gesetzes anzusehen, so daß unter diesem Gesichtspunkt auch der Begriff der Betriebszugehörigkeit die Zugehörigkeit des Arbeitnehmers zu einem Konzern mit umfaßt.

3. Kapitel: Der aktienrechtliche Konzernbegriff

A. Einführung

Bevor aber diese Frage angegangen werden kann, ist es erforderlich, vorab zu klären, was unter einem Konzern zu verstehen ist.

Das Arbeitsrecht verwendet den Begriff des Konzerns in verschiedenen Gesetzen¹⁾, während es ihn in anderen Gesetzen²⁾ überhaupt nicht erwähnt.

Gleichwohl ist davon auszugehen, daß zumindest der moderne Gesetzgeber³⁾ den Konzern als "ökonomische und soziologische Realität"⁴⁾ erkannt hat. Soweit er den Konzernbegriff im jeweiligen Gesetz jedoch nicht erwähnt, ist nicht sicher, ob er ihm für diese Gesetze Relevanz beigemessen hat. Der Konzernbegriff ist aber vom Ursprung her ein gesellschaftsrechtlicher Begriff, der eine Definition lediglich in § 18 AktG findet. Diese Definition ist deshalb in erster Linie nur für das Aktienrecht bindend, d.h., ein Konzern i.S.d. § 18 AktG setzt die Beteiligung mindestens einer Aktiengesellschaft (bzw. KGaA)⁵⁾ voraus. Da jedoch das Konzernrecht bislang lediglich im Bereich des AktG geregelt ist, die Kodifizierung eines GmbH-Konzernrechts immer noch aussteht⁶⁾ und eine darüber hinausgehende Regelung noch in weiter Ferne⁷⁾ steht, ist es gerechtfertigt, die aktienrechtliche Regelung als eine Vorentscheidung auf dem Weg zu einer umfassenden Konzern-

1) Z.B. §§ 8 Abs. 1, 54 ff., 76 Abs. 1 BetrVG, 5 MitbestG.

2) Z.B. dem BetrAVG.

3) Vgl. zur Geschichte des Konzerns: Reh binder, Konzernaußenrecht, S. 33 ff.; Rasch, Konzernrecht, S. 1 ff.

4) Reh binder, Konzernaußenrecht, S. 74.

5) Vgl. auch § 28 EGAktG; Rasch, Konzernrecht, S. 21; Reg.Begr. zum AktG bei Kropff, S. 540.

6) Reinhardt, Gesellschaftsrecht, Rz. 810 m.w.N.; Kraft-Kreutz, S. 29.

7) Emmerich-Sonnenschein, S. 230; Reinhardt, Rz. 991.

verfassung anzusehen¹⁾ und die aktienrechtliche Regelung zum Ausgangspunkt der Lösung anderer als aktienrechtlicher Konzernprobleme zu machen²⁾.

Indes kennt die Rechtsordnung keinen einheitlichen Konzernbegriff³⁾. Er wird vielmehr als Zweckbegriff⁴⁾ vom Sinn der jeweiligen Norm und ihrer rechtspolitischen Zielsetzung bestimmt⁵⁾. Sogar innerhalb eines Gesetzeswerkes kann ein Begriff unterschiedliche Bedeutung erlangen⁶⁾.

Um aber eine Argumentationsgrundlage zu erhalten, ist es erforderlich, zunächst kurz auf den aktienrechtlichen Konzernbegriff einzugehen und sodann zu prüfen, ob die besonderen, dem Sozialstaatsprinzip entspringenden Schutzprinzipien⁷⁾ des Arbeitsrechts oder des jeweiligen Gesetzes eine Übernahme des gesellschaftsrechtlichen Begriffes zulassen, bzw., wo eine spezifische arbeitsrechtliche Korrektur des gefundenen Begriffs erforderlich ist.

Da es nicht Sinn dieser Arbeit ist, den Konzernbegriff neu zu definieren⁸⁾, sondern die Auswirkung der Konzernzugehörigkeit als rechtlich relevantes Tatbestandsmerkmal auf das Arbeitsverhältnis im Bereich des BetrAVG zu überprüfen, kann auf die unzähligen Probleme, die sich an den Konzernbegriff anknüpfen, nur insofern eingegangen werden, als sie diese Frage unmittelbar be-

1) Emmerich-Sonnenschein, S. 232; Emmerich in: Der GmbH-Konzern, S. 6; Rehbindner, GmbH-Reform, S. 127 ff.; vgl. auch Begr. z. AktG, bei Kropff, S. 374; dagegen bezweifeln Pleyer/Westermann/Lieser, Beil. Heft 12 zur GmbH-Rdschau 1970, S. 5, die Notwendigkeit einer Kodifizierung des GmbH-Konzerns; in diesem Sinne auch Rittner ACP 183 (1983), S. 305.

2) Vgl. auch BAG AP Nr. 1 zu § 242 BGB Ruhegehalt-Konzern; BGH JZ 1976, S. 408 mit Bespr. Wiedemann JZ 1976, S. 392 (ITT-Entscheidung).

3) Rasch, KonzernR, S. 401; Neumann-Duesberg, BetrVG, S. 606; BAG v. 21.10.80, AP Nr. 1 zu § 54 BetrVG.

4) Rasch, a.a.O.; Schmidtbauer, S. 205.

5) Friedländer, KonzernR, S. 44, 55; Harms, S. 92 und 168 m.w.N.; Rasch, a.a.O.

6) Koppensteiner ZHR 131, S. 327; Zippelius, S. 28 und 56; Richardi, SAE 1971, S. 142.

7) Söllner, ArbR, S. 20 ff., 39 ff. (41).

8) Vgl. hierzu umfassend: Rommelspacher, Der Konzernbegriff; Schmidtbauer, Der Konzernbegriff im AktG und BetrVG.

rühren. Hier sind vor allem die Fragen zu klären, inwieweit der Konzern als wirtschaftliche Einheit oder Unternehmen, darüber hinaus als handlungsfähige Einheit¹⁾, Organisation²⁾ oder gar als Rechtssubjekt³⁾ angesehen werden kann. Träfen diese Thesen zu, könnte es gerechtfertigt sein, die Zugehörigkeit zum Konzern der Zugehörigkeit zu Betrieb oder Unternehmen gleichzusetzen und als entscheidende Tatbestandsvoraussetzung entsprechender arbeitsrechtlicher Regelung anzusehen⁴⁾.

B. Der Konzernbegriff in § 18 AktG

Der Konzernbegriff, ursprünglich eine Schöpfung der Wirtschaftspraxis⁵⁾ und erst allmählich aus der wirtschaftswissenschaftlichen der juristischen Terminologie zugeführt⁶⁾, enthält in § 18 AktG im wesentlichen drei Merkmale⁷⁾:

- 1) Fischer, NJW 1954, S. 1177 ff.; ähnlich Kosiol, S. 17 ff., der das Unternehmen "Aktionszentrum" nennt; beide Autoren beziehen ihre Überlegungen zwar nicht auf den Konzern; eine Fortführung ihrer betriebswirtschaftlich begründeten Gedankenführung muß jedoch konsequenterweise dazu führen, den Konzern als Unternehmen und damit als Einheit anzusehen.
- 2) Th. Raiser, Das Unternehmen als Organisation, S. 90 ff.
- 3) V. Nell-Breuning, FS Kronstein, S. 39 f., 71 f.; Kunze, FS Duden, S. 217 ff.; Bälz, FS L. Raiser, S. 320 ff.; S. 336 (der von der rechtlichen Organisation des Konzerns als polykorporativem Unternehmen spricht; Th. Raiser, FS Fischer, S. 572; vgl. auch Emmerich-Sonnenschein, S. 62; sowie RGZ 108, S. 41 (43)).
- 4) Z.B. für § 1 Abs. 1 KSchG; §§ 1 Abs. 1 S. 1, 2 Abs. 1, 7 Abs. 2 BetrAVG; für tarifliche Urlaubsverlängerung wie in § 8 BRTV-Bau v. 3.2.81.
- 5) Vgl. Rommelspacher, S. 14 ff.; Reh binder, Konzernaußenrecht, S. 33.
- 6) Passow, S. 100; Reh binder, Konzernaußenrecht, S. 34 m.w.N.
- 7) Stange, S. 7; Geßler, AktG, § 18 Anm. 3; Godin-Wilhelmi, AktG, § 18 Anm. 3-5; v. Hoyningen-Huene, ZGR 1978, S. 524 jew. m.w.N.

- die Zusammenfassung
- rechtlich selbständiger Unternehmen
- unter einheitlicher Leitung

Diese Merkmale sind in gleicher Weise für den Unterordnungs- (§ 18 Abs. 1) wie für den Gleichordnungskonzern (§ 18 Abs. 2) maßgebend. Anders als das AktG 1937 hat sich das neue AktG nicht mit einer allgemeinen Definition des Konzernbegriffs begnügt, sondern hat, um den zu der alten Definition aufgetretenen Problemen Rechnung zu tragen, bereits bei der Begriffsbestimmung berücksichtigt, daß sich Konzerne im Wesentlichen in zwei Gruppen einteilen lassen. So kann sich die einheitliche Leitung aus einer (tatsächlichen oder rechtlichen) Beherrschungsmöglichkeit einer Gesellschaft einer anderen Gesellschaft gegenüber ergeben (Unterordnungskonzern, § 18 Abs. 1 AktG). Die einheitliche Leitung kann sich aber auch aus einer besonderen organisatorischen Gestaltung zwischen mehreren Gesellschaften ergeben, ohne daß eine von der anderen abhängig ist (Gleichordnungskonzern, § 18 Abs. 2 AktG).

I. Der Unterordnungskonzern

Neben den allgemeinen Konzernmerkmalen setzt der Begriff des Unterordnungskonzerns zusätzlich ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen leitendem und beherrschten Unternehmen voraus¹⁾. Ein derartiges Abhängigkeitsverhältnis kann auf vertraglicher oder tatsächlicher Verbindung beruhen. So wird beim Beherrschungsvertrag (§ 291 Abs. 1 S. 1 AktG) und bei der Eingliederung (§ 319 AktG) als der stärksten Form der vertraglich begründeten Abhängigkeit die einheitliche Leitung unwiderleglich vermutet (§ 18 Abs. 1 S. 2), während die Vermutung der einheitlichen Leitung bei den anderen Abhängigkeitsformen widerleglich ist.

1) Würdinger, GK-AktG, § 18 Anm. 2; Geßler, AktG, § 18 Anm. 52.

Jedoch beruht auch die Abhängigkeit bei einem vertraglich begründeten Unterordnungskonzern nicht auf Gesellschaftsvertrag, sondern auf der harmonischen Organisationsstruktur mehrerer Unternehmensträger¹⁾; der Beherrschungsvertrag ist mit dem Gesellschaftsvertrag nicht identisch, da er nicht die Konzernverfassung, sondern lediglich das Weisungsrecht der Obergesellschaft regelt. Da das Merkmal der Abhängigkeit erfordert, daß sich Unternehmen unter die Herrschaft eines anderen stellen, widerspricht eine derartige Struktur grundsätzlich der gemeinsamen Förderung eines gemeinsamen Zwecks durch alle, so daß der Unterordnungskonzern keine Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Sinn der §§705 ff. BGB darstellt²⁾.

Bei einem faktischen Konzern fehlt hingegen ein Vertrag völlig³⁾. Bei ihm ist die einheitliche Leitung aufgrund einer tatsächlich vorhandenen Einflußmöglichkeit⁴⁾ realisiert worden.

II. Der Gleichordnungskonzern

Ein Gleichordnungskonzern zeichnet sich demgegenüber dadurch aus, daß neben den allgemeinen Konzernmerkmalen ein weiteres insofern hinzutritt, als sich die beteiligten Unternehmen in keinem Abhängigkeitsverhältnis zueinander befinden, sondern einander gleichrangig gegenüberstehen.

Ein Gleichordnungskonzern liegt somit immer dann vor, wenn rechtlich selbständige Unternehmen auf anderem Wege

1) Wiedemann, Lehrbuch, S. 106 f.

2) Biedenkopf-Koppensteiner, Kölner Komm., § 18 AktG, Rdnr. 5; Geßler, AktG, § 18 Anm. 37; Rehbindner, Konzernaußenrecht, S. 76 ff.; a.A.: Harms, S. 147 ff.

3) Zur Zulässigkeit: Kropff, DB 1967, S. 2147 ff., 2204 ff.; Mestmäcker, FS Kronstein, S. 140 ff.; Emmerich-Sonnenschein, S. 206 ff.

4) Z.B. Mehrheitsbeteiligung gem. § 17 AktG.

als über ein Herrschaftsverhältnis i.S.d. § 17 AktG unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt werden¹⁾.

Die Annahme eines Gleichordnungskonzerns setzt somit voraus, daß jedes der geleiteten Konzernunternehmen die Möglichkeit hat, sich der einheitlichen Leitung wieder zu entziehen. Ist dies nicht der Fall, so liegt ein Abhängigkeitsverhältnis und damit ein Unterordnungskonzern vor²⁾.

Dem Gleichordnungskonzern kommt im AktG nicht eine besondere Funktion im Sinne eines eigenständigen Konzernbegriffs zu. Er ist vielmehr lediglich eine Unterart des aktienrechtlichen Konzernbegriffs und immer mit angesprochen, wenn das Gesetz von Konzernen oder verbundenen Unternehmen (§ 15 AktG) spricht³⁾.

C. Einheit und Vielheit im Konzern

§ 18 AktG stellt u.a. entscheidend darauf ab, daß "rechtlich selbständige Unternehmen" unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt werden. Diese Unterscheidung erfolgt in der Tradition der Entwicklung des Konzernbegriffs und entspricht dem ökonomischen Verständnis des Konzernbegriffs⁴⁾. Die sich aus dieser Unterscheidung ergebende "Polarität zwischen der Einheit des Ganzen und der Vielheit der Glieder, die dem Konzern notwendig innewohnt", hat Rehbinders⁵⁾ als das zentrale Problem des Konzernrechts bezeichnet.

-
- 1) Biedenkopf-Koppensteiner, Kölner Komm., § 18 AktG, Rdnr. 4; Würdinger, GK-AktG, § 18 Anm. 12; Geßler, AktG, § 18 Anm. 67; Gromann, S. 3.
 - 2) Biedenkopf-Koppensteiner a.a.O.; Würdinger, GK-AktG, § 18 Anm. 13; Schmidbauer, S. 17; Gromann, S. 4.
 - 3) Schmidbauer, S. 17; Würdinger, GK-AktG, § 18 Anm. 16.
 - 4) Rehbinders, Konzernaußenrecht, S. 33.
 - 5) Ebendort; vgl. auch Wiedemann, Lehrbuch, S. 416, der im gleichen Zusammenhang vom "Konzernkonflikt" spricht; Bälz, FS L. Raiser, S. 288 ff.

I. Rechtlich selbständige Unternehmen

Das Gesetz verwendet zur Definition des Konzernbegriffes, aber auch sonst¹⁾, ständig den Begriff des Unternehmens, ohne diesen selbst zu definieren.

Auch in anderen Rechtsnormen²⁾ wird der Begriff "Unternehmen" häufig verwendet, ohne daß es eine allgemeinverbindliche Definition gäbe³⁾. Es erscheint daher erforderlich, vorab den Unternehmensbegriff in § 18 AktG zu klären.

1. Konzernrechtlicher Unternehmensbegriff

Unter dem Begriff "Unternehmen" versteht man zunächst eine wirtschaftliche Tätigkeit, die den über die bloße Tätigkeit hinausgehenden Zweck der Erstellung wirtschaftlicher Güter verfolgt⁴⁾. Dies umfaßt in einem weiteren Sinne jedes Angebot wirtschaftlich werthafter Leistungen⁵⁾.

Ob für den konzernrechtlichen Unternehmensbegriff erforderlich ist, daß der unternehmerische Wille eines Rechtssubjekts "Einrichtungen geschaffen hat, die räumlich und zeitlich zugeordnet werden können"⁶⁾, oder gar ein Gewer-

1) Er ist in über achtzig Vorschriften des AktG enthalten; vgl. Miegel, S. 10; Würdinger, FS Kunze, S. 177; Koppensteiner ZHR 131, S. 304.

2) Z.B. §§ 2, 3 Abs. 2, 6. Abs. 2 HGB; § 3 Abs. 1 Nr. 2 Abs. 2 GmbHG; § 3 Abs. 1 GenG; §§ 196 Abs. 1 Nr. 1, 269 Abs. 2, 270 Abs. 2, 622 Abs. 2 S. 2 BGB; §§ 7 c Abs. 2, 16 Abs. 1 UWG; § 1 GWB; §§ 8 Abs. 1, 47ff., 72 ff., 106 ff., 111 ff. BetrVG; § 17 Abs. 1 S. 2 BetrVG; § 1 Abs. 1 und 2 Nr. 1 b KSchG; § 14 KStG; 2 Abs. 1 UStG; vgl. ferner die Mitbest.-Gesetze.

3) Rittner, JZ 1979, S. 743; v. Nell-Breuning, FS Kronstein, S. 47; Schmidbauer, S. 3; K. Schmidt, ZGR 1980, S. 279 ff.

4) Jacobi, FS Ehrenberg, S. 3; Nordmeyer, S. 15.

5) Raisch, Voraussetzungen, S. 182 f.

6) Raisch, JZ 1966, S. 549 (555); Ders. ZHR 132, S. 182 (184); Schäfer, NJW 1967, S. 1741.

bebetrieb vorliegt¹⁾, oder ob ein Unternehmen erst vorliegt, wenn in einer Person Beeinflussungschancen an verschiedenen Personen vereinigt sind und damit Interessen an verschiedenen Unternehmen potentiell kollidieren²⁾, wird für das Konzernrecht kontrovers diskutiert. In neuerer Zeit wird die Diskussion mehr von dem Zweck bestimmt, den der Unternehmensbegriff im Konzernrecht verfolgen soll: nämlich die abhängige Gesellschaft vor Gefahren auf Grund von gesellschaftsfremder Einflußnahme von außen zu schützen³⁾. Hiernach wird jedes Rechtssubjekt, das nicht nur in der Gesellschaft selbst, sondern auch außerhalb der Gesellschaft unternehmerische Interessen verfolgt, als Unternehmen i.S.d. § 18 AktG angesehen⁴⁾.

Diese Diskussion vermag aber nichts zur Lösung der Frage beizutragen, ob der Konzern als solcher Anknüpfungspunkt außergesellschaftlicher Normen sein kann. Deshalb wird sie hier auch nicht weiterverfolgt.

Zurückgehend auf eine Begriffsanalyse Jacobis⁵⁾, wird das Unternehmen im Rechtssinne in Unterscheidung zum Betrieb (als einer Organisation zur Verfolgung arbeitstechnischer Zwecke), als eine einheitliche Organisation umschrieben, in der eine natürliche oder juristische Person oder Personengesamtheit allein oder gemeinsam mit Mitarbeitern einen bestimmten wirtschaftlichen Zweck verfolgt⁶⁾.

Die Unterscheidung vom Betriebsbegriff hat allerdings für das Konzernrecht keine Bedeutung.

1) Bolsenkötter, BB 1967, S. 1098 (1101); Würdinger, Aktienrecht, S. 263; Rasch, KonzernR, S. 37.

2) Biedenkopf-Koppensteiner, Kölner Komm., § 15 AktG, Anm. 12.

3) Vgl. Gromann, S. 43 m.w.N.; Nordmeyer, S. 41 ff.

4) Vgl. BGHZ 69, S. 334 (337); weitere Nachw. bei Gromann, S. 44.

5) In FS V. Ehrenberg, S. 16 ff. (20).

6) Nordmeyer, S. 25 m.w.N.; Schmidbauer, S. 7.

Da die §§ 17, 18 AktG die Konzernunternehmen als rechtlich selbständig voraussetzen, ist es an dieser Stelle noch nicht erforderlich, auf die Frage einzugehen, ob und inwieweit die rechtliche Selbständigkeit eines wirtschaftlichen Gebildes nicht begriffswesentlich für ein Unternehmen im Rechtssinne ist¹⁾.

2. Wirtschaftliche Selbständigkeit

Über die rechtliche Selbständigkeit des Unternehmens hinaus könnte der juristische Unternehmensbegriff auch die wirtschaftliche Selbständigkeit voraussetzen. Dies wird von der Volks- und Betriebswirtschaftslehre, die den Betrieb als umfassende Wertschöpfungseinheit ansieht und das Unternehmen lediglich als Unterfall des Oberbegriffs "Wirtschaftsbetrieb" versteht²⁾, fast einhellig bejaht³⁾. Im Gegenteil stellen die Wirtschaftswissenschaften begriffswesentlich auf die wirtschaftliche Selbständigkeit einer Organisation ab, so daß für sie die rechtliche Selbständigkeit lediglich ein internes Organisationsmerkmal darstellt⁴⁾.

Zumindest für die rechtliche Bestimmung der Konzernunternehmen in § 18 AktG hat die wirtschaftliche Selbständigkeit als Merkmal eines juristischen Begriffs keine Bedeutung. Selbst in der stärksten Form der Konzernierung, wo die einzelnen Konzernglieder so unter die einheitliche Leitung der Obergesellschaft gestellt sind, daß ihnen keinerlei unternehmerische Planungs- und Entscheidungsbefugnis verbleibt, verlieren sie dadurch dennoch nicht ihre Eigenschaft als Konzernunternehmen i.S.d. § 18 Abs. 1

1) S. dazu unten D II 2.

2) Vgl. Rasch, KonzernR, S. 45; Nordmeyer, S. 77; K. Schmidt, ZGR 1981, S. 479 ff. m.w.N.

3) Wöhe, BWL, S. 6; Nordmeyer, S. 16 ff.; Rehbinder, Konzernaußenrecht, S. 50 ff.

4) Rehbinder, a.a.O., S. 51 m.w.N.

S. 1 AktG, wenn ihnen nur ihre rechtliche Selbständigkeit verbleibt¹⁾. Während die Wirtschaftswissenschaften den Zweck verfolgen, den Prozeß allen Wirtschaften möglichst rational und damit effektiv zu gestalten, ist die juristische Betrachtungsweise an bestehende Kategorien gebunden und kann gesetzliche Tatbestandsmerkmale nicht einfach negieren.

II. Einheitliche Leitung

Weiterhin erfordert der Konzernbegriff des § 18 AktG, daß die verschiedenen, rechtlich selbständigen Unternehmen "unter einheitlicher Leitung" zusammengefaßt sind. Es fragt sich, was hierunter im einzelnen zu verstehen ist, insbesondere, ob der Konzern hierdurch als "wirtschaftliche Einheit" angesehen werden muß²⁾.

1. Funktionsverteilung im Konzern

Die einheitliche Leitung eines Konzerns setzt voraus, daß es originäre unternehmerische Aufgaben gibt, die den Einzelunternehmen entzogen sind und der Konzernleitung übertragen sind. Nimmt eine "Konzernleitung" nicht mindestens eine dieser Aufgaben wahr, so liegt in Wahrheit kein Konzern vor.

Nun ist die Aufgabenerfüllung innerhalb eines Konzerns unterschiedlich strukturiert. Während es stark zentralisierte Unterordnungskonzerne gibt, bei denen sämtliche unternehmerischen Entscheidungen selbst untergeordneter Natur von der Konzernspitze getroffen werden, gibt es

1) Vgl. Würdinger, GK-AktG, § 18 Anm. 1; zu den grundsätzlichen Schwierigkeiten, die wirtschaftliche Selbständigkeit eines Unternehmens festzustellen, s. bereits Oppikofer, S. 13 ff.

2) Vgl. einerseits Rehbinders, Konzernaußenrecht, S. 74 ff., und andererseits Raisch, Voraussetzungen, S. 182.

ebenso stark dezentralisierte Konzerne, bei denen die einzelnen Konzernglieder im wesentlichen selbst unternehmerisch planen und entscheiden¹⁾. Dies kann soweit gehen, daß einzelne Unternehmensfunktionen der Konzernglieder diesen zwar entzogen werden, jedoch in der Weise zentralisiert werden, daß sie ihrerseits z.B. als Einkaufs-, Vertriebs-, Forschungs- oder Versicherungsgesellschaft rechtlich verselbständigt werden²⁾.

Sachlich lassen sich Führungsaufgaben im Bereich der Konzernpolitik (Struktur- und Geschäftspolitik) sowie Aufgaben gestaltender Konzernverwaltung (Konzernplanung und Ausführungsaufgaben) unterscheiden³⁾.

Angesichts der Fülle der verschiedenen Leitungsmöglichkeiten stellt sich die Frage, welche Mindestvoraussetzungen erfüllt sein müssen, um von einer einheitlichen Leitung sprechen zu können. Teils⁴⁾ wird die Auffassung vertreten, die Zusammenfassung des finanziellen Bereichs sei für die Begriffsbildung notwendig, aber auch ausreichend. Andere⁵⁾ sehen es als ausreichend an, wenn die originären Leitungsaufgaben auf mindestens einem Entscheidungsbereich zentral wahrgenommen werden.

Die amtliche Begründung des Regierungsentwurfs sieht es bereits als "Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung" an, wenn die Konzernleitung die Geschäftspolitik der Konzerngesellschaften und sonstige grundsätzliche Fragen ihrer Geschäftsführung aufeinander abstimmt⁶⁾. Daraus

1) Vgl. Reh binder, Konzernaußenrecht, S. 39 ff.; Schmidt, ZGR 1981, S. 479 ff.; Stange, S. 128 ff.; Arbeitskreis Dr. Krähe, Konzernorganisation, S. 22 ff.

2) Reh binder, Konzernaußenrecht, S. 41 f.

3) Reh binder, Konzernaußenrecht, S. 39 f.; Stange, S. 126 jew. w.N.

4) Bieden kopf-Koppen steiner, Kölner Komm., § 18 AktG Anm. 69.

5) Geßler, AktG, § 18 Anm. 25, 34; Rasch, KonzernR, S. 57; wohl auch Würdinger, GK-AktG, § 18 Anm. 5.

6) Bei Kropff, zu § 18 AktG, S. 33.

ergibt sich, daß der Begriff der einheitlichen Leitung möglichst weit zu fassen ist, um alle Zusammenschlüsse unter einheitlicher Leitung in den vielfältigen Formen, wie sie in der Wirtschaft vorkommen, zu erfassen¹⁾.

Der Finanzsektor stellt sicherlich einen wichtigen Bereich originärer Leitungsaufgaben dar.

Jedoch ist gerade bei einem Gleichordnungskonzern, der nach dem Willen des Reformgesetzgebers ebenfalls unter den Begriff des Konzerns fallen sollte, auch eine einheitliche Leitung im Bereiche anderer Unternehmensfunktionen denkbar, die eine Zusammenfassung auf dem finanziellen Sektor nicht beinhaltet²⁾. Es ist nicht recht einsehbar, weshalb eine einheitliche Leitung zweier unabhängiger Unternehmen in ihrem eigentlichen Unternehmensbereich, die jedoch die Finanzplanung der Beteiligten unberührt läßt, anders zu beurteilen sein soll, als einheitliche Leitung im finanziellen Bereich, die die sonstige Unternehmenspolitik unberührt läßt³⁾.

2. Wirtschaftliche Einheit des Konzerns

Durch die Zusammenfassung von rechtlich selbständigen Unternehmen unter einheitlicher Leitung stellt sich die Frage, ob hierdurch eine (neue) "wirtschaftliche Einheit" entsteht. Von der Beantwortung dieser Frage hängen ver-

-
- 1) Rasch, KonzernR, S. 55; Geßler, AktG, § 18 Anm. 10; wohl auch Godin-Wilhelmi, AktG, § 18 Anm. 4.
 - 2) Man denke etwa an die Forschungs- und Entwicklungsarbeit im Bereich der Luft- und Raumfahrtindustrie, oder an die gemeinsame Rückversicherung zweier Versicherungsgesellschaften, die aus versicherungsrechtlichen Gründen rechtlich getrennt bleiben müssen (Sach- und Lebensversicherung).
Eine derartige Zusammenarbeit kann zwar auch auf niedrigerem Niveau als einem Gleichordnungskonzern, nämlich durch ein Gemeinschaftsunternehmen, erfolgen; eine strikte Trennung dieser Formen läßt sich jedoch sinnvoll nicht vornehmen, vgl. Gromann, S. 8, 9.
 - 3) Ähnlich im Ergebnis Rehbindner, Konzernaußenrecht, S. 36; Geßler, AktG, § 18 Anm. 34; Gromann, S. 5.

schiedene weitere Probleme ab¹⁾: zunächst, ob das Merkmal der "wirtschaftlichen Einheit" weiteres Tatbestandsmerkmal des Konzernbegriffs ist, dann aber weitergehend das eigentliche Problem, ob sich wegen der besonderen Interdependenzen innerhalb der "wirtschaftlichen Einheit" Konzern, Auswirkungen auf dessen Struktur ergeben und von daher auch auf die innerhalb dieser "Einheit" Beschäftigten.

- a) Mestmäcker und Biedenkopf-Koppensteiner²⁾ gehen davon aus, daß "durch die einheitliche Leitung im Sinne von § 18 AktG die juristisch selbständig bleibenden Gesellschaften zu einer neuen unternehmerischen Einheit zusammengeschlossen" werden³⁾. Sie verwenden diese Erkenntnis als zusätzliches Merkmal des Konzernbegriffes mit der Folge, daß sich die Anwendbarkeit des Konzernrechts verengt⁴⁾. Sie begründen ihre Ansicht mit § 329 sowie § 100 Abs. 2 AktG, die nicht verständlich wären, hätte der Gesetzgeber den Konzern nicht als wirtschaftliche Einheit für besonders regelungsbedürftig gehalten⁵⁾.
- b) Geßler⁶⁾ verweist demgegenüber darauf, daß der Konzerntatbestand mit den drei im § 18 AktG enthaltenen Merkmalen hinreichend umschrieben sei. Für ein weiteres Merkmal sei weder Raum noch sei hierzu ein Bedürfnis erkennbar.

1) Vgl. Geßler, AktG, § 18 Anm. 7 ff. m.w.N.; Unternehmensrechtskommission, Tz 1245.

2) Mestmäcker, Verwaltung, S. 304; ders. FS Kronstein, S. 129 f.; Biedenkopf-Koppensteiner, Kölner Komm., § 18 AktG Anm. 6; Harms, S. 23.

3) Mestmäcker, FS Kronstein, S. 145.

4) Ebenda, S. 139 ff., 142; Koppensteiner, ZHR 131, S. 302.

5) Vgl. Biedenkopf-Koppensteiner, Kölner Komm., § 18 AktG, Anm. 6; ähnlich auch Rehbinder, Konzernaußenrecht, S. 36.

6) Geßler, AktG, § 18 Anm. 8-10.

Der Reformgesetzgeber sei mit dem neugefaßten Konzernatbestand eindeutig von der ursprünglichen, wirtschaftlichen Terminologie abgewichen und habe um der Erfassung aller relevanten wirtschaftlichen Zusammenhänge unter einheitlicher Leitung willen auf das Erfordernis einer wirtschaftlichen Einheit verzichtet¹⁾.

- c) Zunächst ist festzuhalten, daß der Gesetzgeber eine der wichtigsten Rechtsfolgen des aktienrechtlichen Konzernrechts, nämlich die Konzernrechnungslegungspflicht des § 329 AktG, gerade deshalb für erforderlich hielt, weil der "Konzern eine wirtschaftliche Einheit" darstelle, so daß das wirtschaftliche Schicksal eines Konzernunternehmens eng mit dem der übrigen Konzernunternehmen verflochten ist²⁾. Ob dieser Passus der amtlichen Begründung jedoch auf den Konzernbegriff des § 18 AktG in seiner Gesamtheit bezogen werden kann, erscheint zweifelhaft, da § 329 Abs. 1 AktG, auf den sich die Vorbemerkung der Begründung bezieht, sich in seiner Terminologie lediglich auf die "Obergesellschaft" i.S. des § 18 AktG bezieht. Ob die Vorschriften über die Konzernrechnungslegung darüber hinaus auch auf den Gleichordnungskonzern anzuwenden sind, ist lebhaft umstritten³⁾. Indes bedarf es einer Beantwortung dieser Streitfrage hier nicht, da diese lediglich indirekte Wirkung hätte.

Man wird bei der Beantwortung der Frage, ob die Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung den Konzern zu einer "wirtschaftlichen Einheit" macht, unterscheiden müssen:

1) Geßler, AktG, § 18 Anm. 10.

2) Begr.RegE., Vorbem. § 329, bei Kropff, S. 436.

3) Verneinend: Baumbach-Hueck, AktG, § 329 Anm. 1; Godin-Wilhelmi, AktG, Vorbem. zu § 329-338; Havermann, WPG 1966, S. 68; Kropff, BB 1965, S. 1284; Scherpf, in: Handbuch der AG (II), Tz 495. Bejahend: GK-AktG, § 329, Anm. 4,5; Würdinger, AG 1969, S. 166; Gromann, S. 76 f.

Soweit versucht wird, durch das Merkmal der wirtschaftlichen Einheit Konzern ein weiteres Begriffsmerkmal einzuführen, ist dies verfehlt.

Der Gesetzgeber hat die ursprüngliche, wirtschaftswissenschaftlich geprägte Konzerndefinition, die die Formulierung enthielt, der Konzern bilde "eine gewisse wirtschaftliche Einheit"¹⁾ ausdrücklich nicht in den gesetzlichen Tatbestand mit übernommen. Vielmehr sollten gerade durch die Reform 1965 möglichst alle Formen, die die Wirtschaft für eine einheitliche Konzernleitung entwickelt hat, erfaßt werden²⁾. Wie bereits oben angedeutet, wäre dies mit einer begrifflichen Verengung auf Konzerne, die eine wirtschaftliche Einheit im Sinne eines "Gesamtunternehmens"³⁾ darstellen, nicht möglich. Denn gerade Gleichordnungskonzerne können so organisiert sein, daß lediglich eine Abstimmung in der gemeinsamen Konzernpolitik erfolgt⁴⁾, was für die Annahme einer einheitlichen Leitung bereits ausreicht⁵⁾.

Damit wird aber weder automatisch ein einheitliches "Unternehmens"interesse geschaffen, noch fällt das Eigeninteresse der Konzernglieder durch die Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung begriffsnotwendig weg⁶⁾. Vielmehr können die Glieder eines Gleichordnungskonzerns weiterhin ihre eigenen Unternehmens-

1) Passow, S. 100.

2) Begr.RegE zu § 18 AktG, bei Kropff, S. 33.

3) Leo, WPG 1968, S. 396; Mestmäcker, FS Kronstein, S. 145 ff.; vgl. auch die nicht Gesetz gewordene Terminologie des RFH, der in seinen konzernrechtlichen Entscheidungen stets vom Konzern als "Gesamtunternehmen" sprach, vgl. RFH StW 1930, Nr. 321.

4) Vgl. die Nachweise bei Gromann, S. 25 ff.; 42 ff.

5) Gutjahr, S. 50 f., 113.

6) So aber Mestmäcker, FS Kronstein, S. 145 ff.; der aber offenbar lediglich den Unterordnungskonzern meint.

interessen verfolgen¹⁾. Ein Verständnis des Konzern i.S.d. § 18 AktG als "Wirtschaftseinheit" im Sinne eines Tatbestandsmerkmals würde demnach den Anwendungsbereich des Konzernrechts unzulässig verengen²⁾.

Demgegenüber läßt sich jedoch nicht leugnen, daß die Konzernglieder durch die einheitliche Leitung zu einer "Handlungs- und Planungseinheit" zusammengefaßt werden³⁾, sich der Konzern als eine Wirtschaftseinheit im weiteren Sinne darstellt⁴⁾. Diese Annahme wird augenfällig bei stark zentralisierten Subordinationskonzernen, bei denen die einzelnen Konzernunternehmen zu bloßen "Betriebsabteilungen" degradiert sind.

Hier wird teilweise von einer "fusionsähnlichen" wirtschaftlichen Einheit gesprochen⁵⁾. In einer solchen Unternehmensverbindung liegt die oberste Befehlsgewalt bei der Konzernleitung, so daß es hier gerechtfertigt ist, sogar von einer wirtschaftlichen Einheit im streng wirtschaftlichen Sinne zu sprechen⁶⁾. Dies ist jedoch nicht bei allen Konzernverbindungen der Fall. So sind auch im Unterordnungskonzern stark dezentralisierte Konzernorganisationen möglich, bei denen die Konzernglieder im wesentlichen ihre Unternehmenspolitik frei bestimmen⁷⁾. Besonders deutlich wird dies jedoch bei den Gleichordnungskonzernen, bei denen die einheitli-

1) Vgl. das Beispiel der BroKuFa GmbH & Co. KG, Hamburg, bei Gromann, S. 22.

2) So auch Geßler, AktG, § 18 Anm. 10; ders., FS Kunze, S. 163; Reh binder, Konzernaußenrecht, S. 36.

3) Zöllner, JuS 1968, S. 300; Schulze-Osterloh, WPg 1969, S. 93/95; Würdinger, GK-AktG, § 18 Anm. 4.

4) Gutjahr, S. 113; Koberstein, S. 59; Henn, Handbuch der AG, S. 114; Geßler, ZHR 145, S. 465.

5) Lutter, Rechte der Gesellschafter, S. 37; Unternehmensrechtskommission Tz 1247.

6) Vgl. Käfer, ZHF 1957, S. 351.

7) Reh binder, Konzernaußenrecht, S. 42 ff.; Gutjahr, S. 89; Stange, S. 17.

che Leitung durch koordinatives Zusammenwirken der Gliedgesellschaften ausgeübt wird. Hier besteht weder eine oberste Befehlsgewalt der Konzernleitung¹⁾, noch besitzt diese in der Regel ein Verfügungsrecht über das Vermögen der einzelnen Teile der Einheit, worin ein weiteres Kennzeichen der Wirtschaftsgemeinschaft im wirtschaftswissenschaftlichen Sinn liegt²⁾.

Gleichwohl läßt sich auch eine derartige Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung als Wirtschaftseinheit im weiteren Sinne charakterisieren.

Indem und soweit die einzelnen Unternehmen durch eine einheitliche Leitung zusammengefaßt sind, wirken sie auf den wirtschaftlichen Verkehr ein. Wenn sie auf einem gemeinsamen Markt zusammentreffen, sind sie wegen der einheitlichen Leitung weder Mitbewerber, noch Konkurrenten. Das Einzelinteresse der Unternehmen ist um ein Konzerninteresse ergänzt, um deswillen der Zusammenschluß erfolgt ist³⁾. Durch die einheitliche Leitung werden die Gliedunternehmen von vergleichbaren Unternehmen isoliert und eigenen Gesetzen unterstellt. Daneben stellt auch die einheitliche Leitung eine vom schöpferischen Willen getragene Unternehmertätigkeit dar, die den gesamten Bereich, in dem sie wirksam ist, gestaltet⁴⁾, und dadurch zur Einheit verbindet.

D. Konzern und Unternehmen

Sind die einzelnen Merkmale des Konzernbegriffs - soweit hier erforderlich - abgeklärt, so stellt sich die weitere Frage, ob nicht der Konzern selbst ein Unternehmen dar-

1) Gutjahr, S. 83 ff.

2) Käfer, ZHF 1957, S. 351.

3) Gutjahr, S. 106; Sonnenschein, Organschaft, S. 56.

4) Rehbindner, Konzernaußenrecht, S. 74 ff.; Sonnenschein, Organschaft, S. 61; Gutjahr, S. 115; Rasch, KonzernR, S. 399.

stellt, dem evtl. sogar eine eigene (Teil-)Rechtsfähigkeit zuzusprechen ist¹⁾.

I. Konzern in wirtschaftswissenschaftlicher Sicht

Da die Wirtschaftswissenschaften auf Grund ihres methodischen Ansatzes²⁾ das Unternehmen als - selbständige - Organisationseinheit der Gesamtwirtschaft, in der sich alles Wirtschaften vollzieht, ansehen und das Unternehmen insofern nur als Untergruppe des Oberbegriffs "Betrieb" verstehen³⁾, liegt ein selbständiger Wirtschaftsbetrieb (= Unternehmen) somit nur vor, wenn diese Organisationseinheit eine autonome administrative Planungseinheit darstellt⁴⁾. Entscheidend für den wirtschaftlichen Unternehmensbegriff ist somit die Möglichkeit zu selbständiger wirtschaftlicher Planung. Dies setzt die wirtschaftliche Selbständigkeit der Wirtschaftseinheit voraus. Die rechtliche Selbständigkeit stellt hingegen nur ein internes Organisationsmerkmal dar⁵⁾, ist aber für die wirtschaftswissenschaftliche Begriffsbildung unerheblich.

In logischer Konsequenz ist im Konzern für die Wirtschaftswissenschaft "Unternehmen" nur die Organisationseinheit, die zu autonomer wirtschaftlicher Planung in der Lage ist, in der also wirtschaftliche Planungsentscheidungen fallen. Infolgedessen sieht sie den Konzern als Gesamtgebilde als Unternehmen an, da hier wirtschaftliche Planungsentschei-

1) Eichendorfer, S. 86; Fabricius, Relativität, S. 158 ff.; Leo WPg 1968, S. 396; vgl. auch die Nachweise bei Sonnenschein, ZGR 1981, S. 433.

2) Wöhe, BWL, 1. Abschn. I 1 a; Rehbinder, Konzernaußenrecht, S. 50 f.; Mestmäcker, JuS 1963, S. 417 ff.; Söllner, ArbR, § 1 II 4.

3) Rehbinder, a.a.O., S. 51; Wöhe, 1. Abschn. I 1 b (1).

4) Mestmäcker, Verwaltung, S. 303 ff.; Rehbinder, a.a.O.; Wöhe, a.a.O.

5) Rehbinder, Konzernaußenrecht, S. 51.

dungen mit Wirkung für alle Konzernglieder getroffen werden, die diese auszuführen haben¹⁾. Zwar wird in der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur die Meinung vertreten, auch die einzelnen Konzernglieder seien Unternehmen²⁾. Jedoch geht diese Richtung davon aus, der Konzern selbst stelle (ebenfalls) ein Unternehmen dar.

II. Konzern in rechtswissenschaftlicher Sicht

Wenn sich Wirtschaftswissenschaft und Rechtswissenschaft auch häufig beeinflussen und ergänzen, so ist es wegen des unterschiedlichen Blickwinkels dieser beiden Disziplinen dennoch nicht möglich, wirtschaftswissenschaftliche Begriffsbildungen und Erkenntnisse unbesehen in die rechtswissenschaftliche Diskussion zu übernehmen³⁾. Vielmehr sind wirtschaftswissenschaftliche Ergebnisse vor ihrer Übernahme auf ihre juristische Brauchbarkeit zu überprüfen.

Aus rechtlicher Sicht gibt es verschiedene Wege, das Konzernproblem anzugehen. Es hat sich zwar im Hinblick auf die rechtliche Erfassung des Konzernsachverhalts eine sehr starke, herrschende Meinung gebildet. Dies bedeutet jedoch nicht, daß diese gerade auch unter Berufung auf die wirtschaftliche Betrachtungsweise nicht einer zunehmenden Kritik ausgesetzt wäre⁴⁾.

Da das Steuerrecht schon sehr viel früher als das Aktienrecht mit dem Problem der Konzernierung konfrontiert war, und vor allem - in starker Anlehnung an die wirtschaftswissenschaftliche Betrachtungsweise - einen gänzlich anderen Lösungsweg als das Aktienrecht eingeschlagen hat⁵⁾,

1) Gutjahr, S. 90 ff.

2) Rehbindner, a.a.O., m.w.N.

3) Mestmäcker, JuS 1963, S. 417 ff.

4) Rehbindner, Konzernaußenrecht, S. 57 ff.; Raiser, JZ 1979, S. 489 ff.

5) Sonnenschein, S. 27.

soll vorab der Konzernbegriff im Steuerrecht kurz dargestellt werden.

1. Der steuerrechtliche Konzernbegriff

Die vom RFH¹⁾ entwickelte "Organtheorie" wollte die immer stärker auftretende Konzernbildung und die hierdurch verursachten steuerlichen Probleme, insbesondere die Möglichkeit der verdeckten Gewinnausschüttung, steuerlich erfassen. Die Steueransprüche des Staates sollten diesem nicht durch rechtliche Konstruktionen, die das wirtschaftliche Ergebnis mehr oder weniger unverändert ließen, entzogen werden können²⁾. Da der Zweck und die wirtschaftliche Bedeutung der einzelnen Steuergesetze aber keineswegs gleich ist, führte dies zu einer unterschiedlichen Ausformung der Organtheorie im KStG, UstG und GewStG. So wurde die Organtheorie auf den Gebieten, die stärker an zivilrechtlichen Tatbeständen anknüpfen, weniger stark in Richtung auf eine Einheitsbetrachtung des Konzerns ausgeformt³⁾. Die Organtheorie besagt im wesentlichen, daß eine rechtlich selbständige Gesellschaft, die von einer anderen so sehr abhängig ist, daß sie keinen eigenen Willen mehr hat, sondern wirtschaftlich nichts anderes als eine Betriebsabteilung der Obergesellschaft darstellt, steuerlich ihre Selbständigkeit verliert und als "Organ" der Obergesellschaft (= "Organträger") betrachtet wird. Hierbei komme es nur auf das Innenverhältnis an; ohne Bedeutung sei, daß die abhängige Gesellschaft nach wie vor rechtlich selbständig sei⁴⁾. Voraussetzung für die Annah-

1) Vgl. RFHE 22, S. 183 (187); RFHE 31, S. 297.

2) Sonnenschein, Organschaft, S. 61; Mestmäcker, Verwaltung, S. 287 ff.; Rehinder, Konzernaußenrecht, S. 61 ff.; vgl. zur Verfassungsmäßigkeit der steuerrechtlichen Abweichung von der zivilrechtlichen Regelung: BVerfGE 13 S. 331 (339 f.) m.w.N.

3) RFHE 31, S. 297 (299); Tipke, S. 321; vgl. auch § 2 Abs. 2 Nr. 2 UStG einerseits sowie § 14 KStG andererseits.

4) Vgl. Rasch, KonzernR. S. 271.

me einer Organschaft sind der Abschluß eines Gewinnabführungsvertrages i.S.d. § 291 Abs. 1 AktG, sowie die finanzielle, wirtschaftliche und organisatorische Eingliederung in ein anderes Unternehmen¹⁾.

Ein derartiges Organschaftsverhältnis, dem stets ein Konzern im gesellschaftsrechtlichen Sinne zugrundeliegt²⁾, bedeutet also, daß die Organgesellschaften zwar weiterhin als rechtlich selbständig betrachtet werden, alleiniger steuerrechtlicher Anknüpfungspunkt aber der Organträger ist und so der Konzern im Ergebnis als Einheit behandelt wird³⁾.

Wie jedoch schon oben⁴⁾ angedeutet wurde, läßt die spezifische Zielrichtung des Steuerrechts eine Übernahme der Organtheorie, die ja noch nicht einmal innerhalb des Steuerrechts einheitlich ist⁵⁾, in das Gesellschaftsrecht nicht zu. Sie ist dem Bedürfnis des Fiskus entsprungen, einer Entwicklung der Wirtschaftspraxis Rechnung zu tragen, die geeignet war, die Steueransprüche zu schmälern. Diesem besonderen Anliegen sollte die Lehre von der Organschaft Rechnung tragen. Weitergehende Konsequenzen, wie etwa einer Haftung der Organgesellschaft für den Organträger in § 73 AO, hat ausschließlich der Steuergesetzgeber eingeführt.

Daß sie für die Entwicklung des Konzernrechts eine große Rolle gespielt hat, ist unbestreitbar. Gleichwohl war sie nicht auf die Erfassung gesellschaftsrechtlicher Tat-

-
- 1) Vgl. Emmerich-Sonnenschein, S. 15; Rasch, KonzernR, S. 272 ff.
 - 2) Sonnenschein, Organschaft, S. 27.
 - 3) Obwohl der RFH wie auch der BFH bisher immer abgelehnt haben, der sogen. Einheitstheorie zu folgen und den Konzern als rechtliche Einheit zu behandeln; vgl. die Nachw. bei Emmerich-Sonnenschein, S. 13 f.; Rasch, KonzernR, S. 270 f.
 - 4) Ebenso in anderem Zusammenhang: Schulze-Osterloh, NJW 1983, S. 1284.
 - 5) Sonnenschein, Organschaft, S. 486.

bestände, sondern einer wirtschaftlichen Realität angelegt. Dieses steuerpraktische Anliegen verbietet es, aus der Organschaftstheorie Schlüsse für außersteuerliche Rechtsgebiete zu ziehen¹⁾.

2. Der aktienrechtliche Konzernbegriff

Der aktienrechtliche Konzernbegriff ist in seinen wesentlichen Merkmalen bereits oben²⁾ dargestellt worden. Im folgenden geht es somit nur darum, zu untersuchen, ob es möglich ist, den Konzern als Unternehmen anzusehen sowie seine Rechtsnatur zu klären.

b) Unternehmen und Unternehmer

Das AktG verwendet - wie auch andere Gesetze³⁾ - den Begriff des "Unternehmens" an verschiedenen Stellen⁴⁾, ohne ihn jedoch zu definieren. Mal ist er stellvertretend für den Rechtsträger gebraucht, dann wieder nicht⁵⁾. Aus dieser uneinheitlichen Verwendung des Unternehmensbegriffs hat sich ein Streit darüber entwickelt, ob das Unternehmen lediglich das Betätigungsfeld, das Objekt, eines - personalen - Unternehmers sei, oder ob Unternehmen und Unternehmer im heutigen Gesetzessprachgebrauch identische Begriffe seien⁶⁾.

(1) Herrschende Meinung

Die absolut herrschende Meinung im Gesellschafts- wie im Arbeitsrecht⁷⁾ ist der Meinung, das Unternehmen sei le-

1) Emmerich-Sonnenschein, S. 17 m.w.N.; allgemein: Tipke, S. 8 f.; Schulze-Osterloh, NJW 1983, S. 1284 m.w.N.

2) Unter B und C.

3) Z.B.: §§ 2 UStG, 1 HGB, 1 GewO.

4) Vgl. Nachw. oben S. 45, FN 1.

5) Vgl. Nordmeyer, S. 26 ff.; Rittner, JZ 1979, S. 743.

6) Vgl. hierzu die Auseinandersetzung zwischen Raiser, JZ 1979, S. 489 ff. und Rittner, JZ 1979, S. 743 ff.; Kunze, ZHR 147, S. 20 ff. m.w.N.

7) Statt vieler: Wiedemann, Lehrbuch, S. 308 f.; ders. ZGR 1975, S. 386; Schneider, ZGR 1975, S. 259 f.; ders. BB 1980, S. 1063; Gierke-Sandrock, HandelsR, S. 172; Rittner, Die werdende Jur. Person, S. 282 ff.; BGHZ 22, S. 226; BAG AP Nr. 2 zu § 13 GmbH; jew. m.w.N.

diglich das Betätigungsfeld des Unternehmers, die Umschreibung der materiellen und immateriellen Mittel und Personen, die vom schöpferischen Willen des Unternehmers zu einer Einheit zusammengefügt werden, um wirtschaftliche Zwecke zu verfolgen¹⁾. Das Unternehmen im Sinne dieser Meinung ist somit lediglich Objekt, so daß die Rechtsträgerschaft die Grenzen des Unternehmens absteckt²⁾.

(2) Das Unternehmen als juristische Person

Gegen dieses "Dogma"³⁾ wenden sich Th. Raiser, v. Nell-Breuning und Kunze in unterschiedlicher Weise mit der Annahme, der Unternehmensbegriff habe eine Wandlung durchgemacht, die es erlaube, das Unternehmen losgelöst vom Rechtsträger als eigenständige, rechtsfähige Organisation anzusehen⁴⁾. Sieht man aber das Unternehmen losgelöst vom Rechtsträger als "organisatorischen Zusammenschluß von Kapitalgebern, Arbeitnehmern und unternehmerischen Willen"⁵⁾ und spricht dieser Organisation auch noch Rechtssubjektivität zu, dann liegt es nahe, auch die "wirtschaftliche Einheit Konzern"⁶⁾ als Unternehmen und damit als Rechtsobjekt anzusehen.

Raiser begreift das Unternehmen als sozialen Verband von Anteilseignern und Arbeitnehmern, die deshalb zum Unternehmen zusammengeschlossen seien, weil es nur im gemeinsamen Einsatz und einvernehmlichen Gebrauch ihrer Bei-

1) Rehbinder, Konzernaußenrecht, S. 74.

2) Rehbinder, a.a.O., S. 57; Schmidt, Handelsrecht, S. 64 f.; Wiedemann, Lehrbuch, S. 84 ff., 106 m.w.N.; Martens, BAG FS, S. 367 f.

3) Rehbinder, Konzernaußenrecht, S. 57.

4) Raiser, Das Unternehmen als Organisation, S. 90 ff., 138, 166; ders. FS Fischer, S. 572; v. Nell-Breuning, FS Kronstein, S. 56; Kunze, FS Duden, S. 217 ff.; anders jetzt in ZHR 147, S. 19 ff.; vgl. auch Reinhardt, GesellschaftsR Tz 970 ff.

5) Schilling, FS Duden, S. 543 ff., der allerdings die Rechtsformunabhängigkeit des Unternehmens ablehnt; ders. ZHR 144, S. 138; Bälz, FS L. Raier, S. 320, 322 ff., 329 ff.

6) Vgl. oben C II 2 c.

träge an Kapital und Arbeit möglich sei, einen wirtschaftlichen Zweck zu verfolgen, d.h., ein Unternehmen zu betreiben¹⁾. Das Unternehmen sei ein interessenpluralistischer Herrschaftsverband, der seine Teilverbände in sich integriere. Er begründet diese Ansicht vor allem mit Erkenntnissen der Organisationssoziologie²⁾, wonach das herkömmliche Unternehmensmodell die tatsächlich zu beobachtende Strukturveränderung im Unternehmen angesichts der sinkenden Macht der Eigentümer im Unternehmen nicht mehr zu erklären vermag³⁾.

Zwar betrachtet er anfangs sein Modell selbst als Diskussionsgrundlage und als mit dem geltenden Recht nicht vereinbar⁴⁾, rückt hiervon später jedoch immer mehr zugunsten eines bereits existierenden neuen Unternehmensbegriffs in seinem Sinne ab⁵⁾.

Von Nell-Breuning und Kunze⁶⁾ gehen zwar ebenfalls davon aus, daß das Unternehmen als sozialer Verband eine Lebensstatsache sei, die das geltende Recht berücksichtigen müsse. Das Gesellschaftsrecht könne die Tatsache der Zusammenarbeit der verschiedenen Personengruppen im Unternehmen und die sich hieraus ergebenden Probleme aber nicht mehr ausreichend erklären. Sie billigen dieser Organisation "Unternehmen" rechtliche Beachtung zu, halten es aber für ausgeschlossen, dem Unternehmen als solchem Rechtsfähigkeit zuzubilligen⁷⁾. Die Rechtsentwicklung ha-

1) Raiser, JZ 1979, S. 495; ders. BB 1977, S. 1461 (1462); ders. FS Fischer, S. 572.

2) Raiser, Das Unternehmen als Organisation, S. 90 ff.; ders. FS Fischer, S. 575.

3) FS Fischer, S. 575; BB 1977, S. 1462.

4) Unternehmen als Organisation, S. 171.

5) JZ 1979, S. 495; FS Fischer, S. 572.

6) Kunze, FS Duden, S. 201 ff. (205); v. Nell-Breuning, FS Kunze, S. 143 ff.; ders., FS Kronstein, S. 47, 55; s. auch Ballerstedt, FS Duden, S. 15 ff., 16; sowie Bälz, FS L. Raiser, S. 320 ff.

7) Kunze, FS Duden, S. 226; ders. ZHR 147, S. 20 ff.; Ballerstedt, FS Duden, S. 19, 25; dagegen nennt v. Nell-Breuning, FS Kronstein, S. 56, 63 das Unternehmen im Rechtssinn "ein handelndes Subjekt", ohne ihm aber dadurch Rechtsfähigkeit zuzuerkennen; vgl. auch FS Kunze, S. 150.

be jedoch die soziologische Entwicklung vom Eigentümer-Unternehmer zum Verband "Unternehmen", die sich in dem schwindenden Einfluß der Eigentümer in den Kapitalgesellschaften ausdrücke¹⁾, in der neueren Gesetzgebung berücksichtigt²⁾.

Neuere Gesetze sprechen lediglich von Unternehmen und nicht mehr von den Unternehmensträgern (natürliche oder juristische Person). Man könne daher nicht mehr lediglich den Eigentümer eines Unternehmens als Unternehmer ansehen.

Als Lösungsmöglichkeit schlagen diese Autoren vor, das Unternehmen entweder als rechtlichen Verband im Sinne eines Sondervermögens³⁾ zu betrachten, so daß also das Unternehmenseigentum losgelöst vom Privateigentum des Unternehmensträgers zu sehen ist, oder weitergehend als nicht rechtsfähigen Verein mit eigenen Organen, dessen Rechtsträger die juristische Trägergesellschaft ist⁴⁾. Schließlich wird noch die "Verfremdung" der Handelsgesellschaften zu rechtlich verfaßten "Unternehmen" erörtert⁵⁾.

Die Konsequenz dieser Auffassung - insbesondere der beiden erstgenannten Überlegungen - wäre, den Konzern als wirtschaftliche Einheit auch im Rechtssinne als Unternehmen zu betrachten, das als solches handlungsfähig ist, und möglicherweise sogar rechtsfähig⁶⁾.

1) Vgl. hierzu die Nachw. bei Raiser, FS Fischer, S. 575 (FN 73); auch Kunze, FS Duden, S. 204.

2) Vgl. Ballerstedt, FS Duden, S. 20.

3) V. Nell-Breuning, FS Kronstein, S. 63; ders. FS Kunze, S. 150, 157; Ortlieb, zit. nach Kunze, FS Duden, S. 220 (FN 95).

4) Kunze, FS Duden, S. 217 f., 222 ff.; ders. FS Schilling, S. 339; vgl. aber jetzt ders. ZHR 147, S. 21.

5) Duden, FS Schilling, S. 321 f.

6) So Kunze, FS Duden, S. 223 f.; v. Nell-Breuning, FS Kronstein, S. 56 ff.; ders. Sechserbericht, S. 139; vgl. hierzu auch Sonnenschein ZGR 1981, S. 431 ff. m.w.N.; Emmerich-Sonnenschein, S. 62.

(3) Kritik

Die hinter dieser Meinungsauseinandersetzung stehende grundsätzliche Problematik läßt sich nicht einfach mit dem Hinweis lösen, daß die Vertreter der "Verbandstheorie"¹⁾ lediglich einer Begriffsvertauschung erlegen seien²⁾. Denn sowohl Raiser wie auch die anderen Vertreter der "Verbandstheorie" sehen sehr wohl, daß der gesellschaftsrechtliche Unternehmensbegriff durch den Rechtsträger begrenzt ist. Sie gehen aber davon aus, daß sich der Unternehmensbegriff in der neueren Gesetzgebung von diesem gesellschaftsrechtlichen Begriff gelöst habe und versuchen einen neuen Unternehmensbegriff im Sinne einer Unternehmensrechtslehre, in der das Gesellschaftsrecht lediglich ein Teilgebiet ist, zu entwickeln³⁾.

Die in der Tat vorhandene terminologische Ungenauigkeit des Gesetzgebers ließe sich somit in beide Richtungen auslegen.

Gegen Raisers Lehre von der Subjekthaftigkeit spricht jedoch, daß das geltende Recht als Anknüpfungstatbestand für Rechtsfolgen jeder Art eine rechtsfähige Person voraussetzt. Das Recht will das Zusammenleben der Rechtsgenossen regeln und wendet sich an diese. Nur sie können sich den normativen Anforderungen der Gesetze entsprechend verhalten und Rechtsfolgen auslösen. Zwar hat die Rechtsordnung anerkannt, daß sich natürliche Personen zu einer Gemeinschaft zusammenschließen und durch zweckgerichtetes Handeln wie eine Person auftreten. Sie hat aber aus Gründen der Rechtssicherheit den Kreis dieser

1) Vgl. Wiedemann, Lehrbuch S. 308; Unternehmensrechtskommission, Tz. 1086, 1092.

2) So aber Schmidbauer, S. 8; Rittner, JZ 1979, S. 743, 745.

3) Vgl. Raiser, FS Fischer, S. 565 f., 573; Kunze, ZHR 147, S. 20 f.; ders. FS Duden, S. 201 ff.; Ballerstedt, FS Duden, S. 15 ff., 20.

- fiktiven - Rechtspersonen beschränkt und die juristische Rechtspersönlichkeit nur dann gewährt, wenn der Zusammenschluß so eng ist und so organisiert, daß schon die Organisation ein einheitliches Handeln gewährleistet. Eine derartige homogene und körperschaftliche Struktur hat aber das Unternehmen ebensowenig wie der Konzern. Die Interessen der Anteilseigner sind denen der Arbeitnehmer oft diametral entgegengesetzt - man denke nur an betriebswirtschaftlich notwendige Rationalisierungsmaßnahmen, die zwar zu einer höheren Rendite führen, zugleich aber einen erheblichen Abbau von Arbeitsplätzen implizieren. Ebenso sind im Konzern die Interessen schon der Konzernglieder keineswegs immer mit den Konzerninteressen identisch, wie der Gesetzgeber in §§ 311 ff. AktG selbst anerkannt hat¹⁾. Die Interessen der jeweiligen Arbeitnehmer sind darüber hinaus oft noch verschiedener. Die Zusammenfassung von Arbeit und Kapital in einem Unternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit mag vielleicht wünschenswert sein. De lege lata ist dieser Weg jedoch versperrt! Aus Gründen der Rechtssicherheit und der Rechtsklarheit muß derjenige, der im Rechtsverkehr auftritt, klar bestimmbar sein; wie wollte man dies bei einem Unternehmen mit hoher Arbeitnehmerfluktuation (z.B. im Dienstleistungsgewerbe) erreichen? Abhilfe kann hier allenfalls eine gesetzgeberische Entscheidung schaffen²⁾.

Aber auch das andere Modell eines Unternehmens als sozialem Verband im Sinne eines Sondervermögens begegnet tiefgreifenden Bedenken und ist als solches nicht geeignet, den Unternehmensbegriff und die sich anschließenden Probleme in befriedigender Weise zu klären.

Der Haupteinwand gründet sich auch hier auf den unleug-

1) Gutjahr, S. 106 ff.; Gromann, S. 66, 120.

2) Dies hat Raiser, Unternehmen als Organisation, S. 171, zunächst auch selbst anerkannt. Vgl. zu einem ähnlichen Modell bei der eingetr. Genossenschaft: Hueck, GesellschaftsR, § 39 I 2.

baren Interessengegensatz zwischen Arbeitnehmer- und Kapitalgeberseite. Auch ein nichtrechtsfähiger Verein setzt eine gemeinsame Zweckverfolgung der Mitglieder voraus. Die auf Erzielung eines größtmöglichen Gewinns gerichteten Anteilseignerinteressen sind aber durchaus verschiedenen von den Arbeitnehmerinteressen, die neben einem ständigen Einkommen auch den Erhalt ihres Arbeitsplatzes als Ort ihrer persönlichen Selbstentfaltung wünschen. Darüber hinaus erscheint es fraglich, worin die Organe dieses Verbandes zu sehen sein sollen. Da diese von allen Mitgliedern legitimiert sein müssen (§§ 27, 54 BGB)¹⁾, scheiden die Organe der Kapitaleigner-gesellschaft aus. Gemäß § 76 Abs. 1 AktG vertritt der Vorstand einer AG nur die Gesellschaft - und damit die Gesellschaftsinteressen. Diese sind aber gerade nicht mit denen der Arbeitnehmer identisch, geschweige, daß diese den Vorstand zu ihrer Vertretung legitimiert hätten.

Schließlich begegnet diese Auffassung aber auch verfassungsrechtlichen Bedenken, da durch die Überführung des Gesellschaftseigentums in ein Sondervermögen das "gesellschaftsrechtlich vermittelte Eigentum" der Anteilseigner hinsichtlich des Unternehmens²⁾ vergemeinschaftet würde. Dies ist von Verfassungs wegen zwar nicht ausgeschlossen (Art. 15 GG), bedarf jedoch einer ausdrücklichen Entscheidung des Gesetzgebers³⁾.

Es bleibt somit festzuhalten, daß Normadressat grundsätzlich nur der Träger des Unternehmens sein kann⁴⁾, so daß die Rechtsträgerschaft die äußerste Grenze des Unternehmensbegriffs bildet.

1) Vgl. zur entsprechenden Anwendung der §§ 25 ff. BGB auf den nichtrechtsfähigen Verein trotz § 54 BGB: Jauernig, BGB, § 54 Anm. 3 m.w.N.

2) BVerfGE 50, S. 341 ff. (344) - Mitbestimmungsurteil -.

3) Maunz/Dürig/Herzog, GG, Art. 15, Rdnr. 9; Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, Art. 15, Rdnr. 5 ff. jew. m.w.N.

4) Der aber seinerseits nicht losgelöst vom Unternehmen gesehen werden darf; vgl. Rehbinders, Konzernaußenrecht, S. 58; Raisch, Voraussetzungen, S. 186 f.; Nordmeyer, S. 22.

b) Konzern als Unternehmen

Aus der vorstehenden Ausführung ergibt sich, daß der Konzern als solcher keine Rechtspersönlichkeit darstellen kann, da er einen Zusammenschluß aus verschiedenen, rechtlich selbständigen Rechtsträgern darstellt, selbst aber keinen eigenen Rechtsträger hat¹⁾. Es fragt sich jedoch, ob die Besonderheiten des Konzernsachverhalts nicht dazu zwingen, zumindest im Ergebnis, ähnlich der Organschaft im Steuerrecht, von diesem Grundsatz abzugehen. Es fragt sich, inwieweit die wirtschaftliche Einheit des Konzerns dazu zwingt, im Ergebnis auch eine rechtliche Einheit anzuerkennen²⁾.

(1) Unterordnungskonzern

Diese Frage wird vor allem in Hinblick auf den Unterordnungskonzern diskutiert, insbesondere in seiner stark zentralisierten Form³⁾. Denn je mehr die wirtschaftliche Planung zentral in der Obergesellschaft erfolgt, um so mehr verdichtet sich der Verbund zur wirtschaftlichen Einheit und werden die Untergesellschaften zu ausführenden Betriebsabteilungen.

Es ist deshalb die These aufgestellt worden, die Verantwortlichkeit des herrschenden Unternehmens im Unterordnungskonzern entspreche derjenigen eines Organs einer (wirtschaftlich) selbständigen Gesellschaft und in diesem Fall von "Organsubstitution" gesprochen⁴⁾ worden. Dies würde bedeuten, die Obergesellschaft ähnlich der steuerrecht-

1) Emmerich-Sonnenschein, S. 36; L. Raiser, Schriften des Vereins für Socialpolitik, Bd. 33 n.F. (1964), S. 51 ff.

2) Vgl. etwa RGZ 108, S. 41 (43); Rehbinder, Konzernaußenrecht, S. 72 ff., 79, 82 ff. m.w.N.

3) Rehbinder, a.a.O.; Mestmäcker, Verwaltung, S. 303.

4) Mestmäcker, FS Kronstein, S. 134 ff.; Würdinger, GK-AktG, Vorbem. 1 b zu §§ 311 - 318.

lichen Organschaft als rechtlichen Anknüpfungspunkt auch durch die Gliedgesellschaften hindurch anzusehen.

Diese Sichtweise verdeckt jedoch mehr, als daß sie zu einer Erhellung des Konzernsachverhalts beiträgt. Zwar geht das Gesetz, wie §§ 309 Abs. 1, 317 Abs. 2, 322 Abs. 1 AktG zeigen, davon aus, daß das herrschende Unternehmen die geschäftliche Entwicklung des abhängigen Unternehmens entscheidend beeinflussen kann, und deshalb eine besondere Verantwortlichkeit erforderlich ist. Dadurch sollte jedoch lediglich der tatsächlich ausgeübten Geschäftsleitung auch eine tatsächliche Verantwortlichkeit zur Seite gestellt werden¹⁾. Diese Haftung korrespondiert somit mit der besonderen Loyalitätspflicht des Mehrheitsaktionärs gem. § 117 AktG. Dadurch sollte die Obergesellschaft aber nicht zum letztlich allein erheblichen und verantwortlichen Organträger verändert werden. Denn dadurch würde das dem Konzern eigene Spannungsverhältnis zwischen wirtschaftlicher Einheit und rechtlicher Selbständigkeit der Glieder und die aus ihm fließende wirtschaftliche Flexibilität, die der Gesetzgeber mit der Schaffung der aktienrechtlichen Konzernnormen anerkannt hat, aufgehoben, um an seine Stelle ein unbewegliches Einheitsunternehmen treten zu lassen.

Die Frage der erweiterten Haftung der Obergesellschaft ist ein Korrelat ihrer erweiterten Machtbefugnisse. Sie hebt aber die Konzernverfassung nicht zugunsten ihrer alleinigen Verantwortlichkeit auf, da auch im Unterordnungskonzern die Gliedunternehmen grundsätzlich noch Eigeninteressen verfolgen können, für die eine konzernrechtliche Verantwortlichkeit der Obergesellschaft nicht gegeben ist²⁾. Durch eine haftungsmäßige Verantwortlichkeit der Obergesellschaft wird der Konzern aber nicht zu

1) Wiedemann, Lehrbuch, S. 350; vgl. hierzu auch Sura, ZHR 145, S. 447; Geßler, ZHR 145, S. 460, 466 ff.

2) Gutjahr, S. 108 f., 113, 115 f.

einer rechtlichen Einheit verschweift, da die haftende Obergesellschaft dadurch allein noch nicht den Verträgen der Tochtergesellschaft beitrifft¹⁾.

Auch der Eingliederungskonzern ist vom Gesetz als rechtlich gegliederte Organisation anerkannt, da es ansonsten nahegelegen hätte, die Eingliederung als Fusion auszugestalten.

Der Unterordnungskonzern läßt sich auch nicht dadurch als rechtliche Einheit begründen, daß man auf allgemeine gesellschaftliche Erwägungen zurückgreift und ihn als BGB-Gesellschaft darstellt²⁾. Der Unterordnungskonzern verlangt begriffsnotwendig die Abhängigkeit der Untergesellschaften von der Obergesellschaft, unabhängig davon, ob ein zentralisierter oder dezentralisierter, koordinativ geleiteter Unterordnungskonzern vorliegt³⁾.

Diese Unterordnung unter das herrschende Unternehmen läßt sich aber mit dem Erfordernis der §§ 705 ff. BGB, einen gemeinsamen Zweck zu verfolgen, nicht vereinbaren.

Zwar ist denkbar, daß das abhängige Unternehmen einem übergeordneten Konzerninteresse dient; der Grundgedanke der BGH-Gesellschaft ist jedoch die grundsätzliche Gleichberechtigung aller Gesellschafter. Die abhängige Gesellschaft hat jedoch keine Willensfreiheit mehr, um sich zu einer gemeinsamen Förderung eines gemeinsamen Zwecks mit der Obergesellschaft zusammenzuschließen⁴⁾.

Ein anderes Ergebnis läßt sich auch bei der GmbH & Co.

1) Pelzer, AG 75, S. 308 ff.; Emmerich-Sonnenschein, S. 165 ff.; Rehbinder, Konzernaußenrecht, S. 199 (211 ff.).

2) Harms, S. 147 ff.

3) Emmerich-Sonnenschein, S. 38; Geßler, AktG, § 18, Anm. 52; Gutjahr, S. 88.

4) Westermann, Vertragsfreiheit, S. 178 (182); Rehbinder, Konzernaußenrecht, S. 78; Biedenkopf-Koppensteiner, Kölner Komm., § 18 AktG, Anm. 5; Geßler, AktG, § 18, Anm. 37

KG nicht begründen¹⁾. Gerade diese Gesellschaftsform kann zwar u.U. stark von dem gesetzlichen Leitbild einer Personenhandels-gesellschaft abweichen²⁾, weshalb es erforderlich ist, das Recht der Personenhandels-gesellschaft dieser Weiterentwicklung anzupassen³⁾. Jedoch kann dies nicht dazu führen, die GmbH & Co. KG als solche bereits als In-sich-Konzern anzusehen. Vielmehr wird bei der Entwicklung eines "Konzernrechts der Personengesellschaft"⁴⁾ zu unterscheiden sein:

- ob die GmbH & Co. KG Gliedunternehmen eines Konzerns i.S.d. § 18 Abs. 1 AktG sein kann
- und ob die GmbH & Co. KG bereits selbst ein Unterordnungskonzern ist.

Die erste Frage wird man wohl bejahen müssen⁵⁾. Ein Unternehmen i.S.d. § 18 Abs. 1 AktG muß nicht unbedingt eine juristische oder natürliche Person sein, sondern kann auch eine Personenhandels-gesellschaft sein, da diese durch die Vorschrift des § 124 HGB in ihrer Fähigkeit, unter ihrem Namen zu handeln, sehr stark einer juristischen Person angenähert ist. Diese kann auch von einem anderen Unternehmen abhängig sein und mit diesem unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt sein. Denn der Grundsatz der Selbstorganschaft hindert nicht, die Ge-

1) Ebenso: Beinert/Hennerkes/Birk, DB 1979, S. 68; Böttcher/Beinert/Hennerkes/Binz GmbH & Co. S. 208 ff.; Hölters, RdA 1979, S. 338; Hoffmann/Lehmann/Weinmann, MitbestG § 5, Rdnr. 13; Unternehmensrechtskommission, Tz 1718;

a.A.: Schneider, BB 1980, S. 1062; ders. ZGR 1975, S. 263 ff.; Kunze, ZGR 1978, S. 327, Großmann, BB 1976, S. 1395; BGHZ 65, 15 (20); jew. m.w.N. vgl. auch: K. Schmidt, ZGR 81, 477 ff.

2) Schneider, ZGR 75, S. 262 m.w.N.; Emmerich-Sonnenschein, S. 257.

3) BGH WM 1977, S. 1136.

4) K. Schmidt, JuS 1980, S. 153.

5) Emmerich-Sonnenschein, S. 253 ff.; Th. Raiser, ZGR 80, S. 63; Schneider BB 80, S. 1060; Hölters RdA 79, 337; K. Schmidt, JuS 80, S. 153, BGHZ 65, 15 = BB 1975, S. 1450, BGH BB 1979, S. 1735 (1737).

schäftsführungsbefugnisse vertraglich einem Dritten zu übertragen¹⁾. Zwar verbietet es der Grundsatz der gesellschaftlichen Selbstbestimmung, daß sich natürliche Personen als Gesellschafter völlig versklaven. Ein solcher Vertrag wäre wegen der umfassenden gesellschaftsrechtlichen Verpflichtung der Gesellschafter mit der menschlichen Würde unvereinbar und als sittenwidriger Knebelungsvertrag gem. § 138 BGB nichtig²⁾. Dies gilt auch für die KG, da auch die Kommanditisten als Gesellschafter persönlich haften. Dies hindert jedoch nicht, daß das Unternehmen der Personenhandelsgesellschaft in die Dienste eines anderen Unternehmens gestellt wird und von diesem abhängig ist.

Die Gesellschaften müssen ihr Unternehmen nicht selbst führen, sondern können sich gem. § 164 BGB durch einen Dritten vertreten lassen, solange sie nur die gesellschaftsrechtliche Stellung als Gesellschafter behalten. Da sie sich somit ihrer wirtschaftlichen Abhängigkeit stets (und sei es durch Ausscheiden aus der Gesellschaft) entziehen können, ist der Begriff der Abhängigkeit bei der Personenhandelsgesellschaft ein anderer als in § 17 Abs. 1 AktG. Gleichwohl können sie sich der Organisationsgewalt eines Dritten unterwerfen, von dem sie u.U. auch wirtschaftlich abhängig sind, solange sie sich nicht ihrer gesellschaftsrechtlichen Stellung begeben und den Beherrschungszustand beenden können³⁾.

Anders ist es jedoch im zweiten Fall: zwar sind die Komplementär-GmbH und die Kommanditgesellschaft zwei rechtlich verschiedene Gesellschaften mit zwei unterschiedli-

1) BGH BB 79, S. 1738; BGH v. 5.10.81, DB 82, S. 846; BGHZ 36, S. 292.

2) BGHZ 44, S. 158 ff. (161); BGH DB 82, 846; U. Schneider, ZGR 75, 269 ff.; ders. BB 80, S. 1062; Wiedemann, Lehrbuch, S. 371; Emmerich-Sonnenschein, S. 257.

3) BGH DB 82, S. 846 f.; BGH BB 79, S. 1737.

chen Unternehmen. Die konzernrechtliche Problematik kann sich jedoch erst stellen, wenn die Komplementär-GmbH einen vom Unternehmen der KG unterscheidbaren Geschäftsbetrieb hat. Erschöpft sich nämlich der Gesellschaftszweck der GmbH darin, die Geschäfte der KG zu führen, so ist Gegenstand ihres Unternehmens die Führung des Unternehmens der KG. Die Unternehmenszwecke sind also identisch, eine "Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung" ausgeschlossen¹⁾.

Aber auch dann, wenn die Komplementär-GmbH einen von der KG unterscheidbaren Geschäftsbetrieb hat (z.B. Publikums-KG, Abschreibungsgesellschaften) und die Geschäftsführung der KG nur "nebenamtlich" betreibt, bildet sie mit dieser keinen Unterordnungskonzern i.S.d. § 18 Abs. 1 AktG. Denn auch in diesem Falle hindert die Eigenart der Personengesellschaft die Anwendung konzernrechtlicher Regeln. Im Gegensatz zu der Zusammenfassung mehrerer abhängiger Konzernunternehmen unter einheitliche Leitung beruht der Zusammenschluß der Gesellschafter zu einer Personengesellschaft stets auf der freien Willensbildung der Beteiligten. Sie haben sich zum Betrieb "eines" Handelsgewerbes zusammengeschlossen, während in einem Konzern "mehrere" Unternehmen unter einheitlicher Leitung zusammengeschlossen werden sollen. Die Personenhandelsgesellschaft soll im Gegensatz zum Konzern ein eigenes Unternehmen betreiben, das unter eigenem Namen handeln kann, § 124 HGB. Wenn die Komplementär-GmbH einen eigenen Geschäftsbetrieb hat, so ist dieser gerade nicht mit dem Unternehmen der KG identisch, da die GmbH als juristische Person nur ein Unternehmen haben kann. Der Zusammenschluß zu der KG bezweckt dagegen gerade die Errichtung eines (neuen) Unternehmens²⁾.

-
- 1) Beinert/Hennerkes/Birk, DB 79, S. 69 f.; Böttcher/Beinert/Hennerkes)Binz, GmbH & Co., S. 212; Großmann, BB 76, S. 1393.
 - 2) Beinert/Hennerkes/Birk, DB 79, S. 70; Hölters, RdA 79, S. 338.

Das Verhältnis der Gesellschafter untereinander bestimmt sich aber nach dem Gesellschaftsvertrag, der die Gesellschaften auch dann zu gegenseitiger Treue und Rücksichtnahme verpflichtet, wenn ein Gesellschafter - tatsächlich oder rechtlich - eine übermächtige Rechtsstellung innehat. Ein unter Mißbrauch dieser Rechte die Interessen der Gesellschaft oder der Mitgesellschafter vernachlässigender Gesellschaftsbeschluß des Mehrheitsgesellschafters ist gem. § 138 BGB nichtig¹⁾, der herrschende Gesellschafter schadensersatzpflichtig. Dieser Anspruch kann von jedem Mitgesellschafter im Wege der actio pro socio geltend gemacht werden.

Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht verbietet es dem herrschenden Gesellschafter, sein Unternehmen und das der KG unter einheitlicher Leitung zusammenzufassen. Diese erschöpft sich nicht im Wettbewerbsverbot des § 112 HGB, sondern besteht unabhängig davon. Deshalb ist jeder Gesellschafter verpflichtet, jede Schädigung der Gesellschaft zu unterlassen. Er kann zwar seine eigenen Interessen auch in der KG weiterverfolgen, wird aber hierbei durch die Interessen der Mitgesellschafter beschränkt. Deshalb ist es ihm verwehrt, seine Interessen so weit zu verfolgen, daß er das Unternehmen der KG nur noch als Instrument seines eigenen Unternehmens benutzt. Dies ist aber gerade der Zweck der Zusammenfassung unter einheitliche Leitung. Eine Verletzung dieser Treuepflicht machte den herrschenden Gesellschafter daher schadensersatzpflichtig; zudem liegt ein gemeinsamer Zweck, den alle Gesellschafter verfolgten, dann nicht mehr vor²⁾.

1) Vgl. Hueck, Das Recht der OHG, S. 185; R. Fischer, in: Großkommentar zum HGB, § 119, Anm. 16; Schlegelberger - Geßler, § 119 HGB, Anm. 7.

2) Emmerich-Sonnenschein, S. 257, Baumbach/Duden/Hopf, HGB, § 105 Anm. 3 A.

Weiterhin beruht die Leitungsmacht der Komplementär-GmbH gerade nicht auf konzernrechtlichen Machtverhältnissen, sondern auf ihrer gesellschaftsrechtlichen Geschäftsführungsbefugnis gem. §§ 161 Abs. 1, 125, 126 HGB. Ihre Leitungsmacht ist somit bereits durch Vertrag und Gesetz genau umgrenzt, so daß sich die konzerntypische Gefahrensituation nicht stellt¹⁾. Gerade dadurch unterscheidet sich diese Fallkonstellation von der zuvor behandelten: ist die KG von einem gesellschaftsfremden Unternehmen abhängig, so fehlt es gerade an einer rechtlichen Regelung dieser Abhängigkeit und Weisungsunterworfenheit. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Gervais-Urteil vom 5.2.1979²⁾:

Entscheidend war, daß das Unternehmen der KG auf Grund eines Beherrschungsvertrages in das Unternehmen des herrschenden Gesellschafters (der Gervais-AG) eingegliedert worden war. Dagegen war die Komplementär-GmbH zwar das Werkzeug des herrschenden Gesellschafters zur Ausübung seines Einflusses, ihr Geschäftszweck war aber nur die Führung des Unternehmens der KG. Die Schadensersatzpflichten des herrschenden Gesellschafters ergaben sich daher aus dem Beherrschungsvertrag einerseits und aus dem Gesellschafts- und Geschäftsführungsvertrag andererseits. Die Entscheidung gibt somit nichts für die Auffassung her, die GmbH & Co. KG als solche sei bereits ein Konzern³⁾.

Der faktische Konzern kann schon mangels eines entsprechenden Vertrages keine Personengesellschaft sein⁴⁾. Darüber hinaus fehlt auch bei ihm die freie Entscheidung der Beteiligten, einen gemeinsamen Zweck zu verfolgen.

1) Beinert/Hennerkes/Binz, DB 79, S. 70 m.w.N.; Hölter, RdA 79, 338.

2) BB 1979, S. 1735.

3) So aber Schneider, BB 80, S. 1062 ff.; ders. ZGR 1980, S. 528.

4) Westermann, Vertragsfreiheit, S. 182; Geßler, AktG, § 18 Anm. 37.

Vielmehr wird auch er von einer einseitigen Herrschaftsbefugnis geprägt.

Der Unterordnungskonzern bildet somit trotz seiner Verdichtung zur wirtschaftlichen Einheit keine rechtliche Einheit im Sinne eines Unternehmens. Auch hier wird das Unternehmen erst durch die Rechtsform zum Rechtssubjekt¹⁾.

(2) Gleichordnungskonzern

Anders könnte die Beurteilung beim Gleichordnungskonzern insofern sein, als bei diesem die wirtschaftliche Einheit durch den freiwilligen Zusammenschluß von autonomen Rechtsträgern gebildet wird. Denn die Definition des Gleichordnungskonzerns in § 18 Abs. 2 AktG setzt gerade voraus, daß rechtlich selbständige Unternehmen unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt sind, ohne daß das eine von dem anderen abhängig ist.

Es fragt sich daher, ob dieser Zusammenschluß die Voraussetzungen der §§ 705 ff. BGB erfüllt und ob diese Gesellschaft dann Trägerin eines "Gesamtunternehmens" sein kann. Eine GbR ist gemäß § 705 BGB eine auf Vertrag beruhende Personenvereinigung ohne Rechtsfähigkeit zur Förderung eines von den Gesellschaftern gemeinsam verfolgten Zweckes. Da die Glieder eines Gleichordnungskonzerns per definitionem rechtlich selbständige und unabhängige Unternehmen sein müssen, kommen sie als Partner einer GbR in Betracht. Wenn also ein Gleichordnungskonzern dadurch gebildet wird, daß sich die beteiligten Unternehmen vertraglich unter eine einheitliche Leitung stellen, so ist darin eine GbR zu sehen, da durch den Zusammenschluß gerade die Erreichung eines gemeinsamen, wie auch immer gearteten Zwecks erstrebt wird. Die einheitliche Leitung

1) Schilling, FS Duden, S. 546.

selbständiger und unabhängiger Unternehmen ist nur sinnvoll, wenn es ein gemeinsames Interesse gibt, das sich gemeinsam besser verfolgen läßt. Ein Gleichordnungskonzern bildet somit nur dann keine GbR, wenn die Gemeinschaft auf keiner vertraglichen Basis beruht¹⁾.

Bedeutet dies aber, daß dadurch der Gleichordnungskonzern eine Ausnahme bildet und selbst ein Unternehmen darstellt? Wie oben bereits dargelegt wurde, ist der Unternehmensbegriff im Rechtssinne durch die Rechtsträgerschaft begrenzt²⁾. Die GbR ist jedoch als solche nicht rechtsfähig³⁾. Die Gegenmeinung von Ulmer, Flume und Reinhardt⁴⁾ übersieht, daß bereits der Wortlaut des Gesetzes gegen eine Verselbständigung der Gesellschaft spricht, wenn in § 714 BGB lediglich von einer Vertretung der übrigen Gesellschafter, nicht aber der Gesellschaft die Rede ist. Auch aus der gesamthänderischen Verbundenheit der Gesellschafter folgt nichts anderes, da das gesamthänderisch gebundene Gesellschaftsvermögen zwar ein "Sondervermögen"⁵⁾ darstellt, dies aber nichts daran ändert, daß lediglich die Gesellschafter, nicht aber die Gesellschaft, berechtigt und verpflichtet sein können⁶⁾.

-
- 1) Etwa durch Personalunion der Gesellschaftsorgane, also durch rein faktische einheitliche Leistung; in diesem Fall liegt mangels Gesellschaftsvertrages keine GbR vor; vgl. Hueck, GesellschaftsR, § 5 I 1; Gromann, S. 5, 13; Kraft/Kreutz, S. 73; Emmerich-Sonnenschein, S. 110.
 - 2) S.o. D II 2 a.
 - 3) Absolut herrsch. Meinung: Vgl. statt vieler nur Larenz, BGB-BT II, S. 359; Staudinger-Keßler, Vorbem. zu § 705 BGB, Rz. 64; RGRK-BGB (v. Gamm), § 705, Rz 19; Hueck, GesellschaftsR § 2 I 1; Kraft/Kreutz, S. 75; BGHZ 45, S. 312; 59, S. 184; 61, S. 68, jew. m. w. N.
 - 4) Ulmer in MüKo, § 705 BGB, Rdnr. 111 m.w.N.; Flume, ZHR 136, S. 177 ff. (184 ff.); ders. Die Personengesellschaft, § 4; Reinhardt, GesellschaftsR, Rz. 36 ff. (44).
 - 5) Palandt-Thomas, § 705 BGB, Anm. 5, 7 m.w.N.
 - 6) Larenz, BGB-BT II, S. 392 ff.; Palandt-Thomas, § 705 BGB, Anm. 1 b, 7; J. Blomeyer, JR 1971, S. 397 (400).

Kann die GbR somit mangels Rechtsfähigkeit kein Unternehmen im eigentlichen Sinne haben, so kann dennoch eine "organisierte Wirtschaftseinheit" Bestandteil des gesamthänderisch gebundenen Vermögens der GbR im Sinne des § 718 BGB sein¹⁾. Soweit die GbR also kein Handelsgewerbe im Sinne des § 1 HGB betreibt, kann sie daher ein "Unternehmen" in diesem weiteren, wirtschaftlichen Sinne betreiben²⁾. Da auch im Gleichordnungskonzern durch die einheitliche Leitung eine organisierte Wirtschaftseinheit geschaffen wird, um ein gemeinsames Konzerninteresse³⁾ besser verfolgen zu können, stellt auch der Gleichordnungskonzern, wie oben⁴⁾ allgemein festgestellt, ein Unternehmen im wirtschaftlichen Sinne dar. Dies ändert aber nichts daran, daß Träger dieser Wirtschaftseinheit stets die Gesellschafter, d.h. die Konzernglieder, in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit sind. Sie werden also nicht zu einer rechtlichen Einheit verschmolzen. Da im Gleichordnungskonzern die einheitliche Leitung notwendigerweise einvernehmlich ausgeübt werden muß, d.h. die Konzernglieder nicht gegen ihren Willen einem Konzerninteresse unterworfen sind⁵⁾, ist die - als solche zwar denkbare - Beeinträchtigung von Eigenwille und Eigeninteresse der beteiligten Unternehmen durch die Mitwirkungsrechte ausgeglichen, so daß der Gleichordnungskonzern auch kein "Konzernunternehmen" im Sinne des § 18 Abs. 2 AktG darstellt⁶⁾.

1) Capelle, HandelsR, S. 31; Staudinger, Keßler, Vorb. zu § 705 BGB, Rz. 133; Baumbach/Hopf, Einl. II 1 D vor § 1 HGB, § 105 HGB, Anm. 3 A m.w.N.; Hueck, GesellschaftsR, § 5 I 3-4, III.

2) Ansonsten wird die GbR zur OHG oder KG; wegen der Probleme im Zusammenhang mit der Kapitalgesellschaft & Co. vgl. Schulze-Osterloh, NJW 1983, S. 1281 (insbes. Nachw. in FN 2 und 3), S. 1286.

3) Gutjahr, S. 106 f.

4) S. 54.

5) Vgl. oben S. 44 bei FN 2.

6) Nordmeyer, S. 90; StDJK-Konzernrecht, Tz. 209/602; Koppensteiner, ZHR 131, S. 310, 312; a.A.: Gromann, S. 43 ff. (jedoch nur insoweit, als das gemeinsame Leitungsorgan als Unternehmen im konzernrechtlichen Sinne anzusehen sei; dies ändert jedoch nichts an dem Ergebnis, daß jedenfalls der Gleichordnungskonzern als solcher kein Unternehmen im Rechtssinne ist); Kronstein, Kölner Komm., Anh. zu § 338 AktG, Anm. 8.

Abschließend stellt sich die Frage, ob der Gleichordnungskonzern dann eine rechtliche Einheit darstellt, wenn er in der Form einer KG oder OHG organisiert ist. Diese stellen zwar keine Rechtspersönlichkeiten dar, sind aber durch § 124 HGB diesen soweit angeglichen, daß es gerechtfertigt ist, sie unterschiedlich als die GbR zu behandeln¹⁾. Es fragt sich allerdings, ob eine KG überhaupt zugleich einen Gleichordnungskonzern darstellen kann. Dies wird von Gromann²⁾ für den Fall einer GmbH & Co. KG bejaht. Die von Gromann als Beispiel zitierte BroKuFa GmbH & Co. KG, Hamburg, stellt aber entgegen seiner Ansicht und der mißverständlichen Meldung in der FAZ³⁾, selbst keinen Gleichordnungskonzern, sondern lediglich das Leitungsorgan eines Gleichordnungskonzerns dar.

Denn durch die Neugründung der GmbH & Co. KG durch die beteiligten Gesellschaften entstand eine neue Gesellschaft mit eigenem Feld unternehmerischer Tätigkeit, nämlich der Entwicklung eines gemeinsamen Sortiments ("Idealtoast") und der Entwicklung eines überregionalen Einkaufs- und Vertriebsnetzes. Diese Aufgabe oblag aber der KG, nicht der Verwaltungs-GmbH. Durch die Schaffung der GmbH & Co. KG sollte zudem die Verfolgung einer gemeinsamen Marktpolitik erreicht werden, während die beteiligten Unternehmen jedoch weiterhin selbständig am Markt tätig waren. Die beteiligten Unternehmen waren zwar als Komman-

1) Wiedemann, Lehrbuch, S. 96 f., 98 f.; Hueck, GesellschaftsR, § 13 III; Kraft/Kreutz, S. 130 f.

2) A.a.O., S. 22; auf das von Gromann angeführte Beispiel ist § 18 Abs. 2 AktG mangels Beteiligung einer AG nicht anwendbar; das Problem stellt sich aber ebenso, wenn man sich die beteiligten Unternehmen als AG vorstellt.

Vgl. hierzu auch Mertens NJW 1966, S. 1049; Schneider BB 1980, S. 1057 f.; Bülow DB 1982, S. 527.

3) So wird in der FAZ v. 29.12.1972, S. 18 ausdrücklich dementiert, daß beabsichtigt sei, die beteiligten Unternehmen in einer neuen Gesellschaft zusammenzufassen. Ebenso auch die Meldung von der Gründung der BroKuFa GmbH & Co. KG in FAZ v. 30.12.1972, S. 18

ditisten an der KG beteiligt; dies diene aber nur der Sicherung der einheitlichen Leitung durch die KG. Ziel dieses Verbundes war eben nicht die Zusammenfassung aller Beteiligten in einem Unternehmen, sondern lediglich eine einheitliche Leitung¹⁾. Diese zu gewährleisten, war Aufgabe der KG, die somit ebenfalls Konzernunternehmen war.

Ein Zusammenschluß in einer OHG oder KG würde dagegen den Zusammenschluß der beteiligten Rechtsträger zu einem neuen, anderen Unternehmen darstellen, d.h. also, die bisherigen Unternehmen zu einem neuen Unternehmen verschmelzen.

(3) Ergebnis

Als Ergebnis bleibt somit festzuhalten, daß ein Konzern im Sinne des § 18 AktG sich dadurch auszeichnet, daß der wirtschaftlichen Einheit der unter einheitlicher Leitung zusammengefaßten Unternehmen keine rechtliche Einheit entspricht. Zwar sind sowohl der Unterordnungs- wie der Gleichordnungskonzern in - unterschiedlicher - rechtlich relevanter Weise miteinander verknüpft. Jedoch verdichten sich die Bande²⁾ nicht zu einer rechtlich relevanten Einheit, so daß Zurechnungssubjekte von Rechten und Pflichten immer nur die rechtlich selbständigen Konzernglieder, nicht aber der Konzern als solcher sein können.

1) Vgl. Unternehmensrechtskommission, Tz. 836 f.

2) Z.B. in einem Unterordnungskonzern: §§ 302, 309, 311, 317 AktG,
im Gleichordnungskonzern: §§ 100 Abs. 2, 291 Abs. 2 AktG, 705 ff. BGB.

4. Kapitel: Der Konzern als rechtlicher Arbeitgeber

A. Methodische Vorüberlegungen

Da sich die Rechtswissenschaft als Normwissenschaft um die Erforschung des normativen Aspekts bemüht, ist es erforderlich, den Sinn eines normativen Ausdrucks zu erfassen, um nicht einer Begriffsvertauschung zu erliegen und somit den Bedeutungsgehalt der Norm zu verkennen¹⁾. Es ist aber ebenso Zeichen des Ausdruckreichtums der menschlichen Sprache wie Ursache ständiger Mißverständnisse, daß sprachliche Ausdrücke und Begriffe verschiedene Bedeutung haben können, so daß, um die Bedeutung einer Norm zu "verstehen", es nötig ist, Rechtstexte auszulegen²⁾. Dies ist um so mehr erforderlich, als Normen "vorgeschriebene Urteilsmaßstäbe" sind, mit deren Erlaß der Gesetzgeber eine bestimmte Rechtsmaterie regeln wollte. Sie enthalten also Wertmaßstäbe, die der Gesetzgeber als für den zu regelnden Bereich erforderlich angesehen hat. Diese Wertmaßstäbe können aber in den verschiedenen Rechtsmaterien durchaus unterschiedlich sein, je nachdem, welche sozialen Beziehungen der Gesetzgeber regeln wollte³⁾. Jede Norm - und damit auch die in ihr verwandten Ausdrücke - ist deshalb zunächst in ihrem Bedeutungszusammenhang zu sehen. Sie ist aus ihrer Stellung in dem Gesetz, in dem sie enthalten ist, sowie der allgemeinen Rechtsmaterie, zu deren Regelung das Gesetz erlassen wurde, auszulegen⁴⁾.

Aus diesem Grunde sind der Übernahme von normativen Ausdrücken aus der einen Rechtsmaterie in eine andere Grenzen gesetzt, obgleich auch davon auszugehen ist, daß der Gesetzgeber eine in sich schlüssige, einheitliche Rechts-

1) Larenz, Methodenlehre, S. 171, 179.

2) Ebenda, S. 182.

3) Ebenda, S. 192 f., 202.

4) Ebenda, S. 299, 333.

ordnung schaffen wollte¹⁾. Eine Verwendung von Normbegriffen aus unterschiedlichen Normmaterien ist nur möglich, wenn sich nachweisen läßt, daß der Ausdruck denselben Bedeutungsgehalt hat. Da der Konzernbegriff lediglich im AktG geregelt ist, hat er zunächst nur für dieses Geltung. Darüber hinaus ist zu beachten, daß das AktG als Teil des Gesellschaftsrechts die Beziehungen der Gesellschaft zu ihren Gesellschaftern sowie nach außen regeln will²⁾. Demgegenüber ist es das Anliegen des Arbeitsrechts, die Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu regeln und insbesondere den Schutz der letzteren zu gewährleisten³⁾. Die beiden Rechtsmaterien zugrundeliegenden Wertungen sind also höchst unterschiedlich, so daß gesellschaftsrechtliche Normbegriffe bei ihrer Übernahme in das Arbeitsrecht entsprechend differenziert werden müssen.

I. Rezeption des aktienrechtlichen Konzernbegriffs in das Arbeitsrecht durch gesetzliche Verweisung

Die Rezeption eines gesellschaftsrechtlichen Normbegriffes in das Arbeitsrecht kann zunächst durch ausdrückliche Verweisung eines arbeitsrechtlichen Gesetzes auf einen gesellschaftsrechtlichen Normbegriff erfolgen⁴⁾.

Dies stellt jedoch nur ein gesetzestechnisches Mittel dar, um umständliche Wiederholungen zu vermeiden, sagt

1) Larenz, a.a.O., S. 156, 226 f.; hinsichtlich des Konzernbegriffs: Rasch, KonzernR, S. 401; Neumann-Duesberg, BetrVR, S. 609; hinsichtlich des Unternehmensbegriffs: Rittner, Unternehmen und freier Beruf, S. 10.

2) Kraft/Kreutz, S. 19, 33 ; Wiedemann, Lehrbuch, S. 2, 16 f. m.w.N.

3) Vgl. nur Hueck/Nipperdey, Bd. I, S. 3, 25 ff. m.w.N.

4) Z.B. §§ 8 Abs. 1 S. 2 BetrVG, 5 MitbestG, 1 Montan-MitbestG; vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 243 f.

aber noch nichts über den Bedeutungsgehalt des Normbegriffes in seinem neuen Regelungszusammenhang aus¹⁾. Der gesellschaftsrechtliche Begriff ist vielmehr in den Grenzen des Wortsinns der Verweisung an Hand des Kontextes des verweisenden Gesetzes auszulegen²⁾. Denn wenn ein Normbegriff bereits innerhalb eines Gesetzes verschiedene Bedeutungen haben kann, so muß dies erst recht gelten, wenn eine Definitionsnorm eines Gesetzes in ein Gesetz völlig anderer Provenienz übernommen wird³⁾. So werden z.B. durch die Verweisung in § 5 Abs. 1 MitbestG bzw. § 76 Abs. 4 BetrVG 52 die Tatbestandsmerkmale des § 18 Abs. 1 AktG in die jeweiligen Gesetze übernommen. Zugleich wird damit klargestellt, daß jedenfalls ein Konzern i.S.d. § 18 Abs. 2 AktG für das jeweilige Gesetz irrelevant sein soll. Wie die Begriffsmerkmale des § 18 Abs. 1 AktG aber in dem jeweiligen Gesetz auszulegen sind, besagt die Verweisung nicht. Hierzu ist nach allgemeinen Grundsätzen vielmehr der Kontext des jeweiligen Gesetzes zu beachten⁴⁾. Von der Übernahme eines "fertigen Konzernbegriffes"⁵⁾ in das Betriebsverfassungsrecht oder gar das Arbeitsrecht durch die Verweisung auf die aktienrechtliche Definition kann somit keine Rede sein⁶⁾. Vielmehr ist die Auslegung des aktienrecht-

1) Larenz, a.a.O., S. 245.

2) Ebenda, S. 333, 429 ff.; Schmidbauer, S. 205 f., m.w.N.

3) Larenz, a.a.O., S. 298 f.; Zippelius, S. 56 ff., 60 f.

4) Larenz, a.a.O., S. 333; Koppensteiner ZHR 131, S. 327; Richardi SAE 1971, S. 142.

5) BAGE 22, S. 394; ihm folgend Gutjahr, S. 13 f.

6) Richardi SAE 1971, S. 142; ders. DB 1973, S. 1451; Buchner, RdA 1975, S. 10; Schmidbauer, S. 208 f.; Kronstein, Kölner Komm., § 329 AktG, Anm. 100. Dagegen, von der Übernahme eines "fertigen Begriffs" zu reden, spricht vor allem, daß es im Konzerngesellschaftsrecht durchaus umstritten ist, ob es einen einheitlichen, aktienrechtlichen Konzernbegriff gibt: vgl. nur Biedenkopf-Koppensteiner, Kölner Komm., § 15 AktG Anm. 7, § 17 Anm. 9; Kronstein, Kölner Komm., § 329 AktG Anm. 2; Lutter, NJW 1973, S. 116; gegen diese Behauptung des BAG richten sich wohl vor allem die Kritiken von Kronstein und Richardi; dagegen geht das BAG wohl selbst davon aus, daß der aktienrechtliche Konzernbegriff auf jeden Fall am Zweck des verweisenden Gesetzes auszurichten ist, a.a.O., S. 393.

lichen Konzernbegriffs daraufhin zu überprüfen, ob sie mit den arbeitsrechtlichen Wertprinzipien vereinbar ist.

II. Rezeption des aktienrechtlichen Konzernbegriffs als allgemeinen Gattungsbegriff

Noch schwieriger ist das Problem, wenn ein arbeitsrechtliches Gesetz einen vom Gesellschaftsrecht her bekannten Normbegriff überhaupt nicht verwendet, es aber nicht auszuschließen ist, daß sich der von dem gesellschaftsrechtlichen Normbegriff umschriebene Lebenssachverhalt gleichwohl im Regelungsbereich des jeweiligen Gesetzes auswirkt. So ist der Konzern weder im KSchG noch im BetrAVG erwähnt.

Gleichwohl ist nicht auszuschließen, daß sich der Konzernsachverhalt, d.h. die Tatsache, daß der Arbeitnehmer von einem konzernzugehörigen Arbeitgeber beschäftigt wird, auch im Bereich dieser Gesetze auf das Arbeitsverhältnis auswirkt. So ist die These nicht von der Hand zu weisen, daß ein Arbeitnehmer etwa im Bereich des Kündigungsschutzes oder bei der Berechnung seiner "Betriebszugehörigkeit" i.S.d. § 1 BetrAVG anders zu behandeln ist, weil er einem Konzernunternehmen angehört. Dies gilt um so mehr, als der Gesetzgeber in anderen Gesetzen die von einer Konzernzugehörigkeit ausgehenden Auswirkungen auf das konkrete Arbeitsverhältnis ausdrücklich anerkannte¹⁾.

Um zu überprüfen, ob der Konzernsachverhalt in solchen Gesetzen Auswirkungen zeitigt, ist daher von dem Begriff, mit dem die reale Tatsache "Konzern" im AktG umschrieben ist, auszugehen. Dieser ist als äußerer, abstrakter Be-

1) Z.B. durch die Mitbestimmungsgesetze, vgl. die amtl. Begr. zu § 40 EGAktG, bei Kropff, S. 572.

griff, als verallgemeinernder Gattungsbegriff¹⁾ sodann daraufhin zu überprüfen, inwieweit er infolge der unterschiedlichen Prinzipien und allgemeinen Wertgedanken der anderen Rechtsmaterie einen abgewandelten Bedeutungsgehalt erhält²⁾.

B. Konzern als Arbeitgeber kraft Arbeitsvertrages

I. Vertrag und Eingliederung

Um festzustellen, ob und gegebenenfalls wie sich die Konzernzugehörigkeit eines Arbeitnehmers auf sein Arbeitsverhältnis auswirken kann, ist es zunächst einmal erforderlich, die rechtlichen Beziehungen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber zu analysieren. Denn erst dann läßt sich entscheiden, ob ein Arbeitnehmer, der innerhalb eines Konzerns beschäftigt ist, in rechtliche Beziehungen zu dem Konzern oder der Konzernobergesellschaft getreten ist, sei es, daß Konzern und herrschende Gesellschaft Arbeitgeber eines solchen Arbeitnehmers sind oder daß der Konzernsachverhalt sonst auf das Arbeitsverhältnis einwirkt.

Hierbei ist zunächst die gemeinhin gebräuchliche Unterscheidung der Beziehung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber in Arbeitsverhältnis und Arbeitsvertragsverhältnis zu beachten, da bereits sie darauf hindeuten könnte, zwischen vertraglich begründeten und anderen Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu unterscheiden.

-
- 1) Larenz, Methodenlehre, S. 430 f., 432 f., 475 ff.; ähnlich Heck, S. 156 ff.; anders von der Methode her Engisch, S. 70 ff., 98 ff.: Herausbildung eines Typusbegriffs; so auch Raisch, Voraussetzungen, S. 37 f., S. 120 f.
- 2) Larenz, Methodenlehre, S. 430; Würdinger, Aktienrecht, S. 261 f.

1. Ältere Eingliederungstheorie

Nach der älteren Eingliederungstheorie¹⁾ stellte der Begriff des "Arbeitsverhältnisses" den Oberbegriff dar, an den das Arbeitsrecht anzuknüpfen hatte. Wegen der engen Verbundenheit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer wurde es allgemein auch als "personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis" bezeichnet. Die Vertreter der Eingliederungstheorie sahen aber in dieser Gemeinschaft das Wesen des Arbeitsverhältnisses und knüpften daher in besonderem Maße an sie an.

Entscheidend für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses war die Eingliederung des Arbeitnehmers in den Betrieb des Arbeitgebers, also die rein tatsächliche Ableistung von Arbeit im Organisationsbereich des Arbeitgebers. Dem Vorliegen eines Arbeitsvertrages maß diese Auffassung lediglich untergeordnete Bedeutung zu.

Auf der Grundlage dieser Theorie könnte man demnach allein an die tatsächliche Zugehörigkeit von Arbeitnehmern zu einer Organisationseinheit (wie sie in wirtschaftlicher Form auch bei einem Konzern vorliegt) Rechtsfolgen i.S. eines "Arbeitsverhältnisses" knüpfen.

2. Herrschende Meinung: Bedeutung der Unterscheidung

Indes wurde die "Eingliederungstheorie" in dieser Form zuletzt auch von Nikisch nicht mehr vertreten²⁾. Vielmehr hat auch er der "Vertragstheorie"³⁾ zugestehen müs-

1) Vgl. Nikisch, Arbeitsrecht, Bd. I, §§ 1 II 2, 19 II 2; Molitor, Arbeitnehmer und Betrieb, S. 7, 16 ff.

2) Nikisch, a.a.O., Vorwort zum 1. Bd. (1961), S. VIII.

3) A. Hueck, Deutsches Arbeitsrecht, S. 68 ff.; nunmehr absolut herrsch. Meinung: vgl. nur Palandt-Putzo BGB, Einf. vor § 611, Anm. 1 c m.w.N.; Küchenhoff in Erman, BGB, vor § 611, Rz. 72 ff. m.w.N.; Söllner, MüKo, § 611 BGB, Rdnr. 123.

sen, daß dem Arbeitsverhältnis in der Regel ein Vertrag zugrunde liegt, so daß die Unterschiede der beiden Auffassungen nahezu völlig beseitigt sind.

Gleichwohl ist es ein Verdienst dieses Theorienstreits, deutlich gemacht zu haben, daß sich das Arbeitsverhältnis nicht in einem gegenseitigen Austausch von Leistungen erschöpft (wie bei anderen gegenseitigen Verträgen), sondern das Rechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zwar durch Vertrag begründet wird, jedoch darüber hinaus von einer Vielzahl von gesetzlichen und kollektivvertraglichen Normen gestaltet wird.

Weiterhin hat die Eingliederung des Arbeitnehmers in den Betrieb der Eingliederungstheorie im Zusammenhang mit dem BetrVG zu einer neuen Bedeutung verholfen¹⁾. So steckt trotz der grundsätzlich berechtigten Kritik der h.M.²⁾ in dem Begriff des personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses insofern ein richtiger Kern, als die Arbeit, zu der der Arbeitnehmer verpflichtet ist, personenbezogen ist³⁾, und er sich darüber hinaus verpflichtet, in Gemeinschaft mit seinem Arbeitgeber, d.h. in dessen Herrschaftsbereich, zu arbeiten⁴⁾. Hieran anschließend wird die neue Bedeutung der Eingliederungstheorie darin gesehen, daß es für die Frage der Entstehung betriebsverfassungsrechtlicher Rechte und Pflichten auf die Eingliederung in die Betriebsorganisation und nicht auf den Vertragsschluß mit dem Arbeitgeber an-

1) Vgl. Säcker/Joost, S. 23 f. m.w.N.

2) Vgl. nur Söllner, MüKo, § 611 BGB, Rdnr. 123; Farthmann, RdA 1960, S. 5 ff.; Pinther, AuR 1961, S. 225 ff.; Hueck/Nipperdey, Bd. I, § 22 II 2; Wiedemann, Arbeitsverhältnis, S. 40.

3) Farthmann RdA 1960, S. 8.

4) Ostheim, S. 28, sieht in der "Einordnung in den betrieblichen Organismus" ein wichtiges "Element" der persönlichen Abhängigkeit; so auch BAG v. 15.4.82, ZIP 1983, S. 607 (611).

komme¹⁾. Es soll später²⁾ geprüft werden, ob auch die Eingliederung in den Konzernverband ähnliche Wirkungen auf die arbeitsrechtliche Stellung des Arbeitnehmers im Konzern haben kann. Hier genügt zunächst die Feststellung, daß das Arbeitsverhältnis durch den Vertrag begründet wird, in dem sich eine natürliche Person zu fremdbestimmter Arbeit verpflichtet³⁾.

II. Konzern als Arbeitsvertragspartner

Will man die Auswirkung der Konzernzugehörigkeit eines Arbeitnehmers auf sein Arbeitsverhältnis überprüfen, so ist als erstes der Frage nachzugehen, ob der Konzern im Arbeitsrecht Arbeitgeber des Arbeitnehmers sein kann. Diese Frage ließe sich dann zweifelsfrei bejahen, wenn der Konzern oder aber im Unterordnungskonzern die herrschende Obergesellschaft mit dem Arbeitnehmer arbeitsvertraglich verbunden ist. Denn wenn zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses ein Arbeitsvertrag erforderlich ist, so ist der Arbeitgeber notwendigerweise die - natürliche oder juristische - Person, der aufgrund des Arbeitsvertrages die Arbeitsleistung zusteht⁴⁾. Im Mittelpunkt des Arbeitsrechts steht die Person des Arbeitnehmers, dessen Schutz bezweckt ist. Von seiner Person her haben also alle arbeitsrechtlichen Definitionen zu erfolgen⁵⁾, so daß die Definition des Arbeitnehmers auch die des Arbeitge-

1) Vgl. Säcker/Joost, S. 23 passim; Kunze, FS Schilling, S. 336; ähnlich: Zeuner, FS Hilger/Stumpf, S. 773 ff. für den Konzernbereich; Krit.: Martens, FS Hilger/Stumpf, S. 454 f.

2) Unten Kapitel 5 und 6.

3) Palandt-Putzo, BGB, Einf. vor § 611, Anm. 1 c; Söllner, MüKo, § 611 BGB, Rdnr. 117, 131 ff.; Hueck/Nipperdey, Bd. I, § 21 I 2.

4) BAG v. 9.9.82, ZIP 1983, S. 486 (487); Hueck/Nipperdey, Bd. I, § 15 Abs. I; Müllner, S. 17.

5) Hueck/Nipperdey, Bd. I, § 15 Abs. II; Erman-Küchenhoff, BGB, vor § 611, Rz. 72, 85.

gebers mitbestimmt. Hiervon zu unterscheiden ist die Frage, ob es darüber hinaus noch weitere Merkmale gibt, die die Arbeitsgemeinschaft ebenfalls zu begründen vermögen¹⁾.

1. Konsequenz des gesellschaftsrechtlichen Konzernbegriffs

Partner eines Vertrages kann nach geltendem Recht nur eine - natürliche oder juristische - rechtsfähige Person sein, da nur sie Trägerin von Rechten und Pflichten sein kann. Jede Ausnahme hiervon muß gesetzlich angeordnet sein²⁾.

Dies bedeutet, daß der Konzern, der in seiner gesellschaftsrechtlichen Auslegung zwar eine wirtschaftliche, jedoch keine rechtliche Einheit i.S. einer Rechtsperson darstellt, nicht Vertragspartner sein kann. Auch die Konzernobergesellschaft ist nicht Rechtsträger des Konzerns³⁾. Hieraus folgert die herrschende Meinung⁴⁾, daß auch im Arbeitsrecht diese Auslegung Geltung habe und Arbeitsvertragspartner ausschließlich die Konzernglieder, nicht aber der Konzern als solcher oder (ohne besondere Vereinbarung) die Konzernobergesellschaft sein könne. Sie sieht somit lediglich die Konzernglieder als Arbeitgeber der im Konzern beschäftigten Arbeitnehmer an, während zwischen den übrigen Konzerngliedern und dem Arbeitnehmer keinerlei arbeitsvertragliche Beziehungen bestehen.

1) S. hierzu unten Kapitel 4 C und 5.

2) Vgl. etwa § 124 HGB, der der (nichtrechtsfähigen) Personengesellschaft die Fähigkeit verleiht, in eigenem Namen Verträge abzuschließen.

3) L. Raiser, Schriften des Vereins für Socialpolitik, Bd. 33 nF, S. 51 ff.; abw.: Emmerich-Sonnenschein, S. 62.

4) Vgl. Wiedemann, Lehrbuch, S. 312 ff.; Martens, BAG FS, S. 367 f. mw.N.; BAG AP Nr. 3 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung mw.N.

Dies muß jedoch im Hinblick auf den vertraglichen Gleichordnungskonzern eine Einschränkung erfahren. Dieser stellt zwar ebenfalls keine rechtliche Einheit i.S. einer Rechtspersönlichkeit dar, läßt sich jedoch als GbR qualifizieren. Eine Übertragung dieses gesellschaftsrechtlich gefundenen Ergebnisses in das Arbeitsrecht zeigt, daß er dann auch Arbeitgeber insofern sein kann, als der Arbeitsvertrag mit allen bzw. gemäß § 164 BGB mit Wirkung für und gegen alle Konzernglieder abgeschlossen wird und die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers allen Konzerngliedern in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit zusteht¹⁾.

Das gesellschaftsrechtlich gefundene Ergebnis, daß der vertragliche Gleichordnungskonzern eine GbR sei, entspricht auch den arbeitsrechtlichen Wertungen, da es den Schutz der Arbeitnehmer in einem solchen Konzern erhöht²⁾. Ist der Arbeitnehmer dagegen lediglich von einem Konzernunternehmen angestellt worden, ohne daß dieses auch im Namen der übrigen handelte, so ist gemäß § 165 BGB ein Arbeitsvertrag nur mit diesem zustandegekommen, so daß auch nur dieses Arbeitgeber ist.

2. Durchbrechung dieses Prinzips aufgrund des Schutzzweckes des Arbeitsrechts?

Es stellt sich jedoch die Frage, ob die Übernahme des gesellschaftsrechtlichen Konzernbegriffs als Zusammenfassung rechtlich selbständiger Unternehmen unter einheitlicher Leitung, dem keine eigene Rechtspersönlichkeit zukommt, mit den Grundprinzipien des Arbeitsrechts vereinbar ist, oder ob nicht gerade diese besonderen Wertun-

1) Palandt / Putzo, BGB, Einf. vor § 611, Anm. 1 f.; Knigge, DB 1982, Beilage 4, S. 5,9 hinsichtlich der baugewerbl. Arge; Kunze, FS Schilling, S. 347; BAG DB 1975, S. 309; BAG DB 1982, S. 1569.

2) Vgl. BAG DB 1982, S. 1569.

gen eine spezifisch arbeitsrechtliche Abwandlung des Konzernbegriffs verlangen. Es stellt sich hier somit die Frage, ob nicht die besondere Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers im Konzern es verlangt, in Durchbrechung des Prinzips der rechtlichen Eigenständigkeit der Konzernunternehmen entweder den Konzern als solchen oder aber die herrschende Obergesellschaft generell als Arbeitsvertragspartner und damit als Arbeitgeber der im Konzern beschäftigten Arbeitnehmer anzusehen.

a) These Ramm

Ramm¹⁾ folgert aus dem sozialen Schutzcharakter des Arbeitsrechts, daß der Arbeitgeber nicht durch zivilrechtliche Konstruktionen bestimmt und durch gesellschaftsrechtliche wie steuerrechtliche Erwägungen in seiner Bestimmung nicht begrenzt werden könne.

Der Arbeitgeber sei allein vom sozialen Schutzgedanken des Arbeitsrechts her zu ermitteln. Deshalb sieht er als Arbeitsvertragspartner im Konzern (er geht hierbei wohl vom Unterordnungskonzern i.S.d. § 18 Abs. 1 AktG aus) nicht die Gliedgesellschaft an, mit der der Arbeitsvertrag geschlossen ist, sondern die Obergesellschaft, da diese faktisch das Weisungsrecht ausübe²⁾. Dies habe der Gesetzgeber des AÜG auch anerkannt, indem er den Austausch von Arbeitnehmern im Konzern als nicht erlaubnispflichtig angesehen habe³⁾.

1) ZfA 1973, S. 263 (275 f.).

2) Ebenda, S. 275.

3) Ebenda, S. 275 bei FN 46.

b) Verbandsrechtliche Theorie

Unabhängig hiervon versuchen die Vertreter der "verbandsrechtlichen" Unternehmenstheorie¹⁾ die vertraglichen Bindungen der Arbeitnehmer zu "ihrem" Unternehmen ihrem jeweiligen Modell entsprechend zu begründen.

So sieht Raiser²⁾ sie als Mitglieder der Organisation "Unternehmen" an, deren rechtliche Beziehungen zu dieser Organisation denen von Gesellschaftern ähneln.

Kunze und von Nell-Breuning³⁾ sehen die Arbeitnehmer als Teilverband des Unternehmensverbandes. Sie seien zwar mit der Anteilseigner-gesellschaft als dem Rechtsträger des Unternehmens durch Arbeitsvertrag verbunden. Durch ihre Stellung als notwendiger Unternehmensbestandteil gleiche der Arbeitsvertrag aber mehr einer Arbeitspartizipation i.S. einer Produktivgenossenschaft⁴⁾.

Allen diesen Überlegungen gemeinsam ist das Bestreben, den sozialen Schutzgedanken des Arbeitsrechts mehr oder weniger unabhängig von gesellschaftsrechtlichen Ergebnissen zu verwirklichen⁵⁾. Dies sei aber nur gewährleistet, wenn die Arbeitnehmer auch rechtlich in das Unternehmen integriert werden würden. Entscheidend sei die Möglichkeit der Mitbestimmung der Arbeitnehmer an den unternehmerischen Leitentscheidungen. Werden diese im Konzern getroffen, so sei dieser das Unternehmen, dem der Arbeitnehmer rechtlich angehöre⁶⁾.

1) Vgl. die Nachweise oben S. 60.

2) Das Unternehmen als Organisation, S. 153 f.; ders. FS Fischer, S. 672 ff.; ders. JZ 1979, S. 494.

3) Kunze, FS Schilling, S. 345 ff.; ders. FS Duden, S. 217 ff.; v. Nell-Breuning, FS Kronstein, S. 50 ff.

4) Engels, "Die Aussprache" 1971, Heft 5/6, S. 5 ff.

5) Vgl. Schilling, FS Duden, S. 545 m.w.N.

6) Vgl. Kunze, FS Duden, S. 223 f.; m.w.N.

3. Auswirkung auf das BetrAVG

Das BetrAVG erwähnt im Gegensatz etwa zum MitbestG oder zum BetrVG den Konzernsachverhalt nicht. Gleichwohl kann sich dieser auch im Bereich der betrieblichen Altersversorgung entscheidend auswirken, was dem Gesetzgeber an Hand der höchststrichterlichen Rechtsprechung, die er zum Anlaß des BetrAVG nahm, auch ersichtlich gewesen sein dürfte¹⁾. Es fragt sich also, ob der soziale Schutzzweck des BetrAVG es erfordert, den Konzern als solchen oder eine dritte Konzerngesellschaft als Arbeitsvertragspartner und damit als Arbeitgeber anzusehen²⁾.

a) Normzweck des BetrAVG

Mit dem Erlaß des BetrAVG knüpfte der Gesetzgeber an die Grundsatzentscheidung des BAG vom 10.3.1972³⁾ an und wollte die Problematik der betrieblichen Altersversorgung in umfassender Weise lösen⁴⁾. Eines der Hauptanliegen des Gesetzes war, die Verfallbarkeit von Versorgungsansprüchen beim Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Unternehmen vor Eintritt des Versorgungsfalles zu beseitigen⁵⁾. Indem der Gesetzgeber ausdrücklich an die Rechtsprechung des BAG anknüpfte, um einen nahtlosen Übergang von Richterrecht zu Gesetzesrecht zu ermöglichen⁶⁾, sah er die Versorgungszusage zwar nicht lediglich als vorenthaltenen Arbeitslohn an, sondern betonte den vom BAG festgestellten Versorgungs- und Entgeltcharakter⁷⁾. Je-

1) Vgl. BAG AP Nr. 1 zu § 242 BGB Ruhegehalt-Konzern.

2) Vgl. die Überlegungen von Kemper, Unverfallbarkeit, S. 92 ff., der es als entscheidend ansieht, daß der Arbeitnehmer die "Betriebstreue" dem Konzernverbund erbracht hat; ebenso: Henssler, S. 153 ff.

3) BAG AP Nr. 156 zu § 242 BGB Ruhegehalt = DB 1972, 1486.

4) Vgl. Begr. des RegE., BT-DS 7/1281, S. 19.

5) RegE. BT-DS 7/1281, S. 1.

6) Begr. RegE., BT-DS 7/1281, S. 19, 23.

7) BAG DB 1972, S. 1287.

doch bestätigt er durch die Übernahme der vom BAG entwickelten Alternativvoraussetzung der Unverfallbarkeit in § 1 Abs. 1 S. 1 BetrAVG auch den Entgeltcharakter der Versorgungszusage insofern, als sie die Gegenleistung für aus dem Arbeitsvertrag bereits erbrachte wie noch zu erbringende "Betriebstreue" darstellt. Der Gesetzgeber wollte damit einen Ausgleich schaffen zwischen dem Interesse des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer möglichst an sich zu binden, und dem Interesse des Arbeitnehmers, seine Mobilität nicht zu Gunsten seiner Alterssicherung vollständig zu verlieren¹⁾. Zudem wollte der Gesetzgeber demjenigen, der unfreiwillig vor Erreichen der Anspruchsvoraussetzungen aus dem Unternehmen ausschied, sein Recht aus dem Arbeitsvertrag erhalten²⁾.

b) Modifizierung des Konzernoberbegriffs durch das BetrAVG?

Es fragt sich nun, ob dieser Gesetzeszweck dazu zwingt, im Bereich des BetrAVG abweichend vom gesellschaftsrechtlich gefundenen Ergebnis nicht die jeweiligen Konzernglieder als Arbeitsvertragspartner und damit als Arbeitgeber anzusehen, sondern den Konzern bzw. im Unterordnungskonzern die Obergesellschaft.

Die Gesetzesmaterialien geben hierfür keinen Anhaltspunkt, aber auch der soziale Schutzzweck läßt eine solche Schlußfolgerung nicht zu.

Das BetrAVG erwähnt den Konzernbegriff nicht und beschränkt ihn somit auch nicht, wie etwa § 8 BetrVG oder § 5 MitbestG, auf einen bestimmten Konzerntyp. Vielmehr ist bei der Prüfung der Frage, ob und wie sich der Konzernsachverhalt im Bereich des BetrAVG auswirkt, zunächst vom umfassenden Begriff des § 18 AktG auszugehen.

1) BAG a.a.O., S. 1487 f.; Begr. RegE., BT-DS 7/1281, S. 20.
2) Begr. RegE., BT-DS 7/1281, S. 20.

aa) Konzernobergesellschaft als Arbeitsvertragspartner

aaa) § 1 Abs. 1 S. 1 Alt. 2

Wollte man nun der These Ramms folgen und, entgegen den vertraglichen Vereinbarungen, die Konzernobergesellschaft als Arbeitsvertragspartner ansehen, so würde damit die rechtliche Selbständigkeit der Konzernglieder negiert. Zugleich würde die zivilrechtliche Grundlage des Arbeitsrechts, nämlich die Annahme, daß jedem Arbeitsverhältnis ein Vertrag zugrunde liegt, aufgegeben. Während der Gesetzgeber des AktG die Organisation von rechtlich selbständigen Unternehmen in einem Konzern grundsätzlich gebilligt hat, würde ein Verständnis des Arbeitgebers im Sinne Ramms gerade diese Organisationsmöglichkeit ihres Sinns berauben, indem sie für einen wichtigen Anwendungsbereich, nämlich das Arbeitsrecht, als nicht existent angesehen wird. Denn indem nicht die jeweilige Konzerngesellschaft als Arbeitsvertragspartner angesehen wird, würde der Konzern entweder als rechtliche Einheit oder als Organschaftsverhältnis angesehen. Ein derartiges Verständnis würde eine gesetzgeberische Wertentscheidung in einem anderen Rechtsgebiet, in der diese gesetzgeberische Entscheidung ebenfalls Wirkungen zeitigt, für unbeachtlich erklären und damit die Einheit der Rechtsordnung zerstören¹⁾. Hierfür lassen sich aber keine ausreichenden Rechtfertigungsgründe finden. Denn der Gesetzgeber geht in seiner Begründung zu § 1 RegE BetrAVG selbst von einem arbeitsrechtlichen Begriff der betrieblichen Altersversorgung aus, wie er in der arbeitsrechtlichen Rechtsprechung und Lehre seine Ausprägung erhalten hat²⁾. Es ergibt sich jedoch bereits aus der Begründung, daß der Gesetzgeber von herkömmlichen, arbeitsrechtlichen Begrif-

1) Larenz, Methodenlehre, S. 308 ff.; gegen einen eigenen arbeitsrechtlichen Konzernbegriff in anderem Zusammenhang: Semler, DB 1977, S. 807 (811).

2) Begr. RegE., BT-DS 7/1281, S. 22.

fen ausging. Hätte er im BetrAVG ein anderes Verständnis von Arbeitsvertragspartnern einführen wollen, so hätte er dies wegen der weitreichenden Bedeutung sicherlich in der Begründung erwähnt, zumal er ja in Fortführung der BAG-Rechtsprechung die Versorgungszusage als Ausfluß des Arbeitsvertrages¹⁾ ansah. Vielmehr deutet die Formulierung der Begründung des RegE, es handle sich um "Arbeitsverhältnisse, die in der Versorgungsregelung durch die Person eines Arbeitgebers oder mehrerer Arbeitgeber als gemeinsamer Träger einer überbetrieblichen Versorgungseinrichtung gekennzeichnet sind", darauf hin, daß Arbeitsvertragspartner in einem Konzern die jeweilige Konzerngesellschaft ist, daß aber mehrere Arbeitgeber eine gemeinsame Versorgungseinrichtung schaffen können. Diese Überlegung wäre überflüssig, wenn in einem Hauptanwendungsfall dieser "überbetrieblichen Versorgungseinrichtungen", nämlich in Konzernen, diese bereits als Arbeitsvertragspartner anzusehen wären.

bbb) § 7 Abs. 1

Der Gesetzgeber hätte zudem, hätte er den Konzern bzw. die Obergesellschaft generell als Arbeitsvertragspartner im BetrAVG angesehen, eine generelle Konzernhaftung eingeführt, da dann ein Insolvenzfall gem. § 7 Abs. 1 BetrAVG erst beim Konkurs des gesamten Konzerns, nicht aber im Falle des Konkurses eines rechtlich selbständigen Konzerngliedes eintreten würde²⁾. Aber auch § 4 Abs. 1 BetrAVG zeigt, daß der Gesetzgeber des BetrAVG weiterhin von der rechtlichen Selbständigkeit der Konzernglieder ausging. Denn hiernach kann eine Versorgungszusage auch von einem anderen Unternehmen übernommen werden, das den Arbeitnehmer nach seinem Ausscheiden in dem Unternehmen,

1) Begr. RegE., BT-DS 7/1281, S. 22.

2) Vgl. BAG v. 24.1.80, EzA Nr. 6 zu § 7 BetrAVG.

das ihm eine Versorgungszusage gemacht hat, die unverfallbar wurde, beschäftigt¹⁾. Dies zeigt gerade, daß der Gesetzgeber davon ausging, daß bei einem Wechsel des Unternehmens eine Übernahme der Versorgungsleistungen gem. § 4 Abs. 1 BetrAVG möglich ist. Dies wird um so eher geschehen, als die Unternehmen bereits miteinander verbunden sind. Einer solchen Regelung würde daher weitgehend der Boden entzogen, sähe man den Konzern als Gesamtarbeitgeber an.

Schließlich erschöpft sich die Definition des Arbeitgebers durch die h.M. nicht in der Frage nach dem Arbeitsvertragspartner²⁾. Die Frage der Verantwortlichkeit von Konzern und Konzernobergesellschaft für Verbindlichkeiten der Konzernglieder läßt sich mit der Frage nach dem Vertragspartner allein nicht erschöpfend beantworten³⁾. Die Ruhegehaltsansprüche sind nach dem BetrAVG ebenso wie die unverfallbaren Versorgungsanwartschaften vermögenswerte Ansprüche aus dem Arbeitsvertrag und damit Verbindlichkeiten der jeweiligen Konzerngesellschaften⁴⁾. Das Betriebsrentengesetz will den Arbeitnehmern also keine Mitbestimmungsrechte als Ausgleich für ihre Weisungsunterworfenheit sichern⁵⁾, sondern ihre finanziellen Rechte. Soweit diese durch die einheitliche Leitung der Unternehmen im Konzern gefährdet werden können, schafft

-
- 1) Begr. RegE., BT-DS 7/1281, S. 28; vgl. auch BAG vom 4.8.81, DB 1981, S. 2544; Blomeyer/Otto, BetrAVG § 4 Rdnr 52
 - 2) Vgl. Hueck/Nipperdey, Bd. I, § 15 Abs. II; sowie nachfolgend § 3 D, § 4.
 - 3) Vgl. Rehbindner, Konzernaußenrecht, S. 199, 211 f.; 296 f.; Peltzer, AG 1975, S. 308 ff.
 - 4) Zum Entgeltcharakter bereits erdienter Versorgungsanwartschaften s. BAG v. 8.12.81, DB 1982, S. 46 (48) sowie S. 50; W. Blomeyer, FS-Hilger/Stumpf, S. 44 f.; Ahrend/Förster/Rühmann DB 1982, S. 224; BVerfG NJW 84 S. 47
 - 5) Vgl. zu dieser Problematik im Konzern: Martens, FS-Hilger/Stumpf, S. 452, 454 ff.; Zeuner, FS-Hilger/Stumpf, S. 773 ff.; Säcker/Joost, S. 18 f.; zur Bedeutung der Eingliederung in den Betrieb als Ausschluß des Direktionsrechts für die Bestimmung der Arbeitnehmer-eigenschaft: BAG v. 15.4.82, ZIP 1982, S. 607 (611).

bereits das Konzerngesellschaftsrecht sowie das allgemeine Privatrecht einen Ausgleich, ohne deshalb den Konzern bzw. die Konzernobergesellschaft generell in die Verträge der übrigen Konzerngesellschaften einbeziehen zu müssen. So kann sich aus der Vertragsauslegung ergeben, daß die Konzernobergesellschaft den Arbeitnehmern Sicherheit verschaffen wollte. Dies kann durch einen Vertragsbeitritt der Konzernmutter ebenso erfolgen wie durch eine akzessorische Absicherung der Gesellschaftsgläubiger, ohne daß die Konzernmutter am Vertrag ihrer Tochter beteiligt ist¹⁾.

Darüber hinaus ist gerade im wirtschaftlich eng verflochtenen Konzern dem Institut der Vertrauenshaftung besondere Beachtung zu schenken. Denn insbesondere die Vormachtstellung einer Konzernobergesellschaft führt häufig dazu, daß diese den Arbeitnehmern gegenüber Vertrauenstatbestände durch ihr Verhalten schafft, an dem sie sich festhalten lassen muß. Zu denken ist etwa daran, daß den Arbeitnehmern gegenüber die wirtschaftliche Einheit des Konzerns als besonderer Garant für die Sicherung ihrer Arbeitsplätze und ihrer wirtschaftlichen Stellung herausgehoben wird.

Dies macht aber die Konzernobergesellschaft nicht generell zum Vertragspartner der Arbeitnehmer der abhängigen Konzerngesellschaften²⁾. Denn hier ist zu unterscheiden einerseits zwischen einem Vertragsschluß durch schlüssiges Verhalten, das zu einem vertraglichen Erfüllungsanspruch des Arbeitnehmers gegen die Obergesellschaft führt³⁾. Auf der anderen Seite kann die Konzernobergesellschaft durch ihr Verhalten den Anschein erwecken, für eine Verbindlichkeit eintreten zu wollen. Dann hat sie zwar ge-

1) Vgl. Reh binder, Konzernaußenrecht, S. 199, 211 f., 296 f.; Peltzer, AG 1975, S. 308 ff.

2) Blomeyer/Otto, BetrAVG, Einl. 267; a.A. Henssler, S. 43 ff., 47.

3) BGH LM § 167 BGB Nr. 4, 13; Staudinger-Coing, § 167 BGB Anm. 9 e; Medicus, Bürgerl. Recht, Rdnr. 100; Flume, Rechtsgeschäft, § 49, 3, 4.

rade keine Willenserklärung abgegeben und wollte dies auch nicht¹⁾. Sie hat sich aber schuldhaft so verhalten, daß der andere Teil darauf vertraute, sie werde zu der scheinbaren Erklärung stehen. An diesem schuldhaft verursachten Rechtsschein muß sie sich dann aber festhalten lassen und dem Vertrauenden den entstehenden Schaden, also das Erfüllungsinteresse, ersetzen²⁾.

Im letzteren Fall ist die Konzernobergesellschaft somit zwar kein Vertragspartner des Arbeitnehmers der Tochtergesellschaft, aber diesem zum Ersatz des Erfüllungsinteresses verpflichtet, wenn der Arbeitnehmer infolge des von der Konzernmutter erweckten Anscheins auf die Erfüllung der Versorgungszusage durch diese im Insolvenzfall der Tochter vertraut.

Darüber hinaus haftet die Konzernobergesellschaft in verschiedener Form für eine nachteilige Einflußnahme und Schädigung der abhängigen Gesellschaften: im vertraglichen Unterordnungskonzern kann die Konzernobergesellschaft den abhängigen Gesellschaften gem. § 308 Abs. 1 AktG zwar auch nachteilige Weisungen erteilen, haftet als Ausgleich aber den abhängigen Gesellschaften gem. § 302 AktG für einen entstandenen Verlust. Darüber hinaus haftet die Konzernobergesellschaft neben ihren gesetzlichen Vertretern für deren Pflichtverletzungen bei der Erteilung nachteiliger Weisungen an abhängige Konzernunternehmen gem. § 309 AktG i.V.m. § 31 bzw. 278 BGB³⁾. Dieser Anspruch kann auch von den Arbeitneh-

1) BGH LM § 167 BGB Nr. 4; Canaris, Vertrauenshaftung, S. 48 ff.; Larenz, AT § 33 I a.

2) Vgl. BGH VersR 61, S. 82; Soergel/Schulze-v. Lasaulx, § 167 BGB, Rdnr. 30; daraus zieht Hennsler, S. 51, aber den m.E. unrichtigen Schluß, daß die Konzernmutter dann auch Arbeitsvertragspartnerin werde.

3) Vgl. die Begr. des RegE. zum AktG, bei Kropff, S. 404 f.; Geßler, AktG, § 309, Anm. 45 ff.; Mestmäcker, FS-Kronstein, S. 135 f.; Biedenkopf-Koppensteiner, Kölner Kommentar, § 309 AktG, Rdnr. 14 f.; Emmerich-Sonnenschein, S. 194.

mern als Gesellschaftsgläubigern gem. § 309 Abs. 4 geltend gemacht werden.

Im Eingliederungskonzern haftet die Konzernmutter gem. § 322 Abs. 1 AktG den Gläubigern der abhängigen Gesellschaften sogar gem. § 421 BGB als Gesamtschuldner¹⁾.

In einem faktischen Konzern sind dagegen nachteilige Weisungen, die die Ansprüche der Arbeitnehmer der abhängigen Gesellschaften gefährden können, gem. § 311 AktG nur gegen einen sofortigen Ausgleich des zu erwartenden Nachteils zulässig. Ansonsten ist die Konzernmutter in vollem Umfang gem. § 317 AktG schadensersatzpflichtig²⁾.

Zwar ergeben sich wegen der Schwierigkeiten bei der Ermittlung der Nachteile erhebliche Probleme, wie auch sonst das kodifizierte Konzernrecht etliche Lücken hinsichtlich des Gläubigerschutzes der abhängigen Konzerngesellschaften enthält³⁾.

Jedoch müssen diese Schwierigkeiten für alle Gesellschaftsgläubiger gleichermaßen bewältigt werden. Die Arbeitnehmer sind insoweit Gesellschaftsgläubiger wie jeder andere Gläubiger auch: ja, sie sind durch ihre Vorrangstellung im Konkurs (§§ 59 Abs. 1 Nr. 3 a, 61 Abs. 1 Nr. 1 a KO) sogar bevorzugt. Es ist daher nicht zu rechtfertigen, ihnen für ihre arbeitsvertraglichen Ansprüche einen besonderen ("besseren") Schuldner zur Verfügung zu stellen als den übrigen Gesellschaftsgläubigern. Die insolvenzmäßige Absicherung der Arbeitnehmer und Pensionäre sollte

-
- 1) Geßler ZGR 78, S. 264; Emmerich-Sonnenschein, S. 92, einschränkend: Biedenkopf-Koppensteiner, Kölner Komm., § 322 AktG, Rdnr. 12 f.
 - 2) Biedenkopf-Koppensteiner, Kölner Komm., § 317 AktG, Rdnr. 11 f.; Emmerich-Sonnenschein, S. 204 f.
 - 3) Bachelin, Minderheitenschutz, S. 58; Emmerich-Sonnenschein, S. 194, 217, Adler-Düring-Schmaltz § 311, Rdnr. 27, 46 f.; Geßler, ZHR 145 (1981) S. 460 ff.; Sura ZHR 145 (1981), K. Schmidt ZGR 81, S. 455 ff., Immenga, FS-Böhm (1975), S. 253 ff.

ersichtlich über die Einschaltung des PSVaG gewährleistet werden und nicht durch eine neue Form der Durchgriffshaftung¹⁾.

ccc) § 16

Dies erfordert auch nicht der besondere Normzweck des Betriebsrentengesetzes. Denn auch dann, wenn das BetrAVG - wie in § 16 - auf wirtschaftliche Aspekte abstellt, die sich im Konzern zweifellos anders darstellen als bei unabhängigen Arbeitgebern, ist es nicht erforderlich, auf die Konzernobergesellschaft als "eentlichen" Arbeitsvertragspartner zurückzugreifen. Denn die "wirtschaftliche Lage" der Konzernobergesellschaft kann von dieser ebenso manipuliert werden wie die der abhängigen Konzerngesellschaften. Zur Ermittlung der "wirtschaftlichen Lage des Arbeitgebers" kann der Konzernsachverhalt berücksichtigt werden, ohne daß deshalb die Konzerngesellschaft Arbeitsvertragspartner sein müßte²⁾. Somit bleibt grundsätzlich allein die jeweilige Gesellschaft aus dem Arbeitsvertrag und nachfolgend der Ruhegehaltsvereinbarung verpflichtet. Eine arbeitsrechtliche Durchgriffshaftung auf die Konzernobergesellschaft ist erst bei einer rechtsmißbräuchlichen Vertragsgestaltung möglich³⁾. Die bloße Bildung eines Konzerns i.S.d. § 18 AktG ist aber von der Rechtsordnung vorgesehen und daher kein Rechtsmißbrauch. Von der Frage nach dem Arbeitsvertragspartner im Konzern ist aber die weitere Frage zu unterscheiden, ob nicht wegen der besonderen Situation im Konzern andere (dritte)

1) Vgl. hierzu in anderem Zusammenhang: Hommelhoff/Timm KTS 81, S. 300 f.

2) BAG v. 19.5.81, EzA Nr. 11 zu § 16 BetrAVG unter III der Gründe; Forsbach, Anpassungsprüfung im Konzern, S. 193; Henssler, S. 159 ff; Blomeyer/Otto, BetrAVG § 16 Rdnr.

3) Vgl. BAG v. 9.9.82, ZIP 83, S. 488; vgl. allgemein zum Problem der Gesetzesumgehung: Teichmann, S. 78 ff.

Konzerngesellschaften deshalb am Arbeitsverhältnis beteiligt sind, weil sie Arbeitgeberfunktionen ausüben¹⁾.

Die Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers im Konzern allein zwingt damit nicht zu einem Wertungswiderspruch zwischen Gesellschaftsrecht und Arbeitsrecht und damit zu einem Bruch in der Einheit der Rechtsordnung.

bb) Konzern als sozialer Verband

Dies gilt auch hinsichtlich der Annahme, der Konzern sei Unternehmen i.S.d. BetrAVG und als solches - als sozialer Verband - Arbeitsvertragspartner. Ebenso wie im Gesellschaftsrecht kann auch das Arbeitsrecht und hier das BetrAVG seine Gebote nur an eine rechtsfähige Person richten. Nur diese kann den normativen Verpflichtungen Genüge tun. Denn wie sollte sonst der Kreis derjenigen, die aus dem Arbeitsvertrag verpflichtet sind, abgegrenzt werden? Eine klare Bestimmbarkeit des Arbeitgebers ist aber gerade im Hinblick auf das Hauptanliegen des BetrAVG, den Arbeitnehmer bei einem Wechsel des Arbeitgebers vor Verlust seiner bereits erdienten Versorgungsanswartschaft zu schützen, dringend erforderlich. Wollte man das Unternehmen aber als selbständigen Verband, der aus Arbeitnehmern einerseits und der Anteilseignergesellschaft andererseits besteht, ansehen, so wäre durchaus fraglich, ob ein Insolvenzfall i.S.d. § 7 Abs. 1 BetrAVG bereits vorliegt, wenn lediglich die Anteilseignergesellschaft (bzw. eine der Konzerngesellschaften) in Konkurs ginge, da das Unternehmen auch aus Arbeitnehmern bestünde die ihrerseits (noch) nicht zahlungsunfähig sind. Dies zeigt, daß ein Arbeitsvertrag eine eigene Form partnerschaftlichen Zusammenwirkens darstellt, für die sich die auf gemeinsame Zweckverfolgung gerichteten Formen des Gesell-

1) Vgl. nachfolgend unter C; vgl. auch Henssler, S. 70 ff.

schaftsrechts nicht eignen, da sie eigene und andere Motivationen und Zwecke verfolgen¹⁾.

Aus diesem Grunde kann der Arbeitsvertrag nicht als gesellschaftsvertragsähnliches Rechtsverhältnis angesehen werden²⁾. Dies zeigt, daß der Normzweck des BetrAVG nicht dazu zwingt, den Konzern bzw. die Konzernobergesellschaft generell als Arbeitsvertragspartner anzusehen.

III. Ergebnis

Zusammenfassend läßt sich somit festhalten, daß Arbeitsvertragspartner eines Arbeitnehmers im Konzern lediglich die Konzerngesellschaft ist, mit der der Arbeitsvertrag geschlossen ist. Das BetrAVG zwingt nicht dazu, dieses gesellschaftsrechtlich gefundene Ergebnis zu durchbrechen. Somit ist auch die jeweilige Konzerngesellschaft grundsätzlich Arbeitgeber.

C. Konzern als Arbeitgeber kraft Weisungsrecht

I. Arbeitsleistung und Weisungsrecht

Wenn auch nach dem Vorstehenden der Arbeitsvertrag Grundlage des Arbeitsverhältnisses ist, so wird dieses doch zum zweiten dadurch geprägt, daß der Arbeitnehmer grundsätzlich weisungsabhängig ist. Durch das Weisungsrecht wird das Arbeitsverhältnis im einzelnen gestaltet, indem Art, Ort, Zeit und Umfang der Arbeitsleistung erst durch einzelne Weisungen bestimmt werden. Nun ist aber feststellbar, daß Arbeitsvertragspartner und Weisungsbefug-

1) Ballerstedt, FS Duden, S. 25.

2) Derselbe, a.a.O.; ähnlich WSI-Studien, Vorschläge zum Unternehmensrecht, S. 144 f., m.w.N.

ter nach außen hin nicht immer identisch sind: dem Arbeitsvertragspartner stehen die Rechte aus dem Arbeitsvertrag zwar zu, der Weisungsbefugte übt sie aber aus.

Da aber die Weisungsgebundenheit das zweite Wesensmerkmal des Arbeitnehmerbegriffes darstellt¹⁾ und umgekehrt daher das Weisungsrecht notwendiges Begriffsmerkmal des Arbeitgeberbegriffs ist, könnte man, da der Konzern ein Zusammenschluß unter einheitlicher Leitung ist, diesen als Inhaber des Weisungsrechts und somit als "funktionalen" Arbeitgeber ansehen²⁾.

II. Der funktionelle Arbeitgeberbegriff

Die Theorie des funktionellen Arbeitgeberbegriffs beruht in der Tat auf der Zweiteilung der Begriffsmerkmale des Arbeitnehmerbegriffs in das Erfordernis eines Vertrages sowie der Weisungsgebundenheit. Ausschlaggebend war die Erkenntnis, daß eine juristische Person zwar Partner eines Arbeitsvertrages sein kann, dagegen das Weisungsrecht nicht selbst, sondern nur vermittelt ihrer Organe ausüben kann. Aus dieser Erkenntnis wurden jedoch unterschiedliche Schlußfolgerungen gezogen:

1. Im engeren Sinn

Die Lehre vom funktionellen Arbeitgeberbegriff i.e.S.³⁾ folgert hieraus, daß nicht nur der Arbeitsvertragspart-

1) Völlig h.M.: vgl. nur Hueck/Nipperdey, Bd. I, § 15 Abs. II m.w.N.; Hanau/Adomeit, S. 126 m.w.N.

2) Vgl. auch Birk, Leitungsmacht, S. 141.

3) Nikisch, Bd. I, § 17 Abs. II a (S. 145) m.w.N.; Hueck/Nipperdey, Bd. I (1. Aufl.), S. 67; vgl. den Ansatz bei Zeuner, FS Hilger/Stumpf, S. 777 f. (allerdings im Zusammenhang mit dem BetrVG); Fabricius, Unternehmensverbindungen, S. 58 ff.; ders. Rechtsprobleme, S. 30 ff.

ner, sondern auch derjenige Arbeitgeber sei, der die Funktionen des Arbeitgebers wahrnehme. Da eine juristische Person die eigentlichen Arbeitgeberfunktionen nicht ausüben könne, seien ihre Organe (Vorstand, Geschäftsführer) ebenfalls Arbeitgeber, da sie diese Arbeitgeberfunktionen ausübten.

Jedoch kennt unsere Zivilrechtsordnung die Ableitung einer Rechtsstellung lediglich aus der Wahrnehmung von Funktionen nicht¹⁾. Den "funktionellen" Arbeitgebern stehen a priori keine Arbeitgeberbefugnisse zu; diese ergeben sich erst aus dem Arbeitsvertrag²⁾. Die Organe einer juristischen Person handeln nicht aus eigenem Recht, sondern als "Organ" innerhalb der Rechtsmacht der juristischen Person. Es handelt sich somit um ein allgemeines Zurechnungsproblem, das den Organen aber keine eigenen Rechte verleiht³⁾. Diese Zurechnung kann zwar nicht nach den Regeln der Stellvertretung erfolgen, da sie sich auf ein tatsächliches Handeln der Organe bezieht. Sie erfolgt bei juristischen Personen aber aufgrund ihrer Organisationsgewalt, da die Rechtsordnung auch andere Zurechnungsformen als die Stellvertretung anerkannt hat⁴⁾.

2. Konkreter und abstrakter Arbeitgeberbegriff

Jedoch enthält die Unterscheidung insofern eine richtige Erkenntnis, als sie verdeutlicht, daß die Arbeitgeberbefugnisse nicht auf den Vertragspartner beschränkt sind, sondern auf verschiedene Personen aufgeteilt sein kön-

1) Vgl. hierzu Esser, AcP 157, S. 86 ff.

2) Müllner, S. 58; Hanau/Adomeit, S. 130; vgl. auch LSG Schleswig-Holstein, BB 1980, S. 107 m.w.N.

3) Wiedemann, Lehrbuch, S. 212 f.; Zöllner, Arbeitsrecht, S. 38.

4) Z.B. §§ 709, 744 ff. BGB; 114 HGB.

nen¹⁾. Lediglich ihre Grundlage finden sie im Arbeitsvertrag. Diese Unterscheidung findet überdies ihre Unterstützung in verschiedenen gesetzlichen Regelungen, die ebenfalls an die Arbeitgeberfunktionen anknüpfen²⁾.

Um Mißverständnisse zu vermeiden, sollte insofern jedoch nur von abstraktem und konkretem Arbeitgeber gesprochen werden³⁾. Der abstrakte Arbeitgeber ist hier nach als Arbeitsvertragspartner zu verstehen, während der konkrete die einzelnen Arbeitgeberbefugnisse tatsächlich wahrnimmt.

III. Konzern als Arbeitgeber kraft Ausübung der Arbeitgeberfunktion

Auf den Konzern läßt sich diese Überlegung jedoch aus zwei Gründen nicht übertragen:

1. Mangelnde Rechtsfähigkeit

Zunächst einmal stellt der Konzern keine eigene Rechtspersönlichkeit dar, die Anknüpfungspunkt vertraglicher Rechte und Pflichten sein könnte. Nicht mit dem Konzern als solchem, sondern mit den jeweiligen Konzerngliedern ist der Arbeitsvertrag geschlossen. Die Unterscheidung des abstrakten vom konkreten Arbeitgeber verdeutlicht nur die nahezu selbstverständliche Feststellung, daß eine juristische Person ohne handelnde natürliche Person ein

1) BAG v. 9.9.82, ZIP 1983, S. 487; Söllner, ArbR, S. 28; Müllner, S. 19, 51 f.; Zeuner, FS Hilger/Stumpf, S. 778; so wohl jetzt auch Hueck/Nipperdey, Bd. I (7. Aufl.), S. 89.

2) Z.B. in §§ 22 ArbG, 16 Abs. 4 SGG, 5 Abs. 2 BetrVG.

3) Zurückgehend auf Titze, Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. 2 (1918), S. 545 ff.; vgl. Hueck/Nipperdey, a.a.O.; Müllner, S. 19.

Unding ist, da die juristische Person ihre Rechte immer nur durch natürliche Personen ausüben kann¹⁾.

Diese Überlegung ist aber mit dem Konzernsachverhalt nicht vergleichbar. Denn selbst in der stärksten Form des Unterordnungskonzerns handeln die rechtlich selbständigen Konzernglieder nicht durch die Obergesellschaft, sondern durch ihre eigenen Organe. Die Konzernobergesellschaft ist deshalb weder der Rechtsträger des Unterordnungskonzerns noch ihr Organ.

2. Mangelndes arbeitsrechtliches Weisungsrecht

Das entscheidende Argument dagegen, den Konzern (bzw. die Konzernobergesellschaft) als abstrakten oder konkreten Arbeitgeber anzusehen, liegt aber darin, daß das der einheitlichen Leitung i.S.d. § 18 AktG entspringende Weisungsrecht kein arbeitsrechtliches Weisungsrecht, sondern wirtschaftliche Leitungsmacht darstellt. Das arbeitsrechtliche Weisungsrecht entspringt dem Arbeitsvertrag, kann also originär nur dem Arbeitsvertragspartner zustehen, falls es nicht von vornherein abgetreten wird²⁾.

Dem Konzern bzw. der Konzernmutter steht, da sie nicht Arbeitsvertragspartner sind, dieses Weisungsrecht nicht zu. Der Konzern hat, je nach seiner Organisation, entweder vertraglich oder wirtschaftlich begründete Macht nur seinen Konzerngliedern gegenüber.

In einem vertraglichen Unterordnungskonzern gibt der Beherrschungsvertrag gem. §§ 291 Abs. 1 S. 1, 308 AktG der

1) Fabricius, Relativität, S. 82 ff.; ders. Grundbegriffe, S. 98.

2) Aber auch dann erhält der Zessionar lediglich ein (aus dem Vertrag) abgeleitetes Recht; vgl. Palandt-Heinrichs, BGB, § 398, Anm. 3 c m.w.N.; ebenso: LAG Düsseldorf/Köln, DB 1983, S. 890; Konzen ZfA 82, S. 280 f. m.w.N.

Konzernmutter lediglich dem Vorstand der beherrschten Gesellschaft gegenüber Weisungsbefugnisse¹⁾, da dieser gem. § 76 Abs. 1 AktG die Gesellschaft in eigener Verantwortung zu leiten hat. Dieser muß dann seinerseits aufgrund seiner arbeitsrechtlichen Weisungsmacht tätig werden.

Der Arbeitnehmer ist gem. § 613 S. 2 BGB nur "seiner" Konzerngesellschaft gegenüber zur Arbeitsleistung verpflichtet, falls nichts anderes vereinbart ist. Im letzteren Fall kann jedoch die Konzernobergesellschaft die jeweilige Arbeitgebergesellschaft gem. § 308 AktG zur Übertragung ihrer Befugnisse aus dem Arbeitsvertrag aufordern.

Tritt hingegen die Konzernobergesellschaft als alleiniger Arbeitsvertragspartner aller im Konzern tätigen Arbeitnehmer auf, so steht auch ihr zunächst die Arbeitsleistung auf Grund des Arbeitsvertrages zu. Dies hindert aber nicht, die Rechte aus dem Arbeitsverhältnis einverständlich auf die einzelnen Konzerngesellschaften zu übertragen, die dann Arbeitgeberfunktionen ausüben²⁾. Quelle der Arbeitgeberfunktionen bleibt aber auch in diesem Fall der Arbeitsvertrag mit der Konzernmutter. Diese bleibt also Arbeitgeber³⁾, während die abhängigen Konzernunternehmen ihre Rechte lediglich aus diesem Vertrag ableiten.

Dies gilt auch in der stärksten Form des vertraglichen Unterordnungskonzerns, der Eingliederung. Zwar erhält die herrschende Gesellschaft hier sogar eine begrenzte Verfügungsbefugnis über das Vermögen der eingegliederten

1) Der Beherrschungsvertrag wird deshalb auch überw. als Organisationsvertrag angesehen, vgl. Emmerich-Sonnenschein, S. 116 m.w.N.; Wiedemann, Lehrbuch, S. 107.

2) BAG v. 9.9.82, ZIP 83, S. 486 (487); Söllner ArbR, S. 28; Zeuner, FS Hilger/Stumpf, S. 771 ff.

3) BAG, a.a.O., S. 487; Konzen ZfA 1982, S. 287.

Gesellschaft. Jedoch kann die herrschende Gesellschaft ihre Weisungen nur über den Vorstand der eingegliederten Gesellschaft durchsetzen (vgl. §§ 323, 308 AktG). Ein unmittelbares Eingriffsrecht hat die Obergesellschaft auch hier nicht¹⁾.

In einem faktischen Konzern²⁾ besteht noch nicht einmal diese konzernrechtliche Weisungsbefugnis, sondern lediglich die durch die wirtschaftliche Beherrschungsmöglichkeit vermittelte und tatsächlich ausgeübte Weisungsmacht. Um so weniger besteht hier ohne besondere Vereinbarung eine arbeitsrechtliche Beziehung zwischen der Obergesellschaft und den Arbeitnehmern der abhängigen Konzerngesellschaft. Die Konzerngewalt kann somit stets nur über die Konzerngesellschaft bzw. deren Vertretungsorgan ausgeübt werden³⁾.

Eine andere Frage ist, ob es der Arbeitnehmerschutzgedanke erfordert, die abhängigen Konzerngesellschaften auf Grund der bloßen Ausübung der Arbeitgeberfunktionen wirtschaftlich Arbeitgebern gleichzustellen⁴⁾

Im Gleichordnungskonzern entspringt das konkrete Weisungsrecht ebenfalls ausschließlich der auf dem Gleichordnungsvertrag gem. § 291 Abs. 2 AktG beruhenden einheitlichen Leitung. Gerade hier wird deutlich, daß diese lediglich die Konzernglieder verpflichtet, da die einheitliche Leitung ja von allen Konzerngliedern gemeinsam ausgeübt wird.

1) Wiedemann, Lehrbuch, S. 350 m.w.N.; ebenso für den Bereich der RVO: Fabricius, Unternehmensverbindungen, S. 94 ff.

2) Vgl. zur Zulässigkeit allgemein: Mestmäcker, FS Kronstein, S. 140 f.; Kropff DB 1967, S. 2147, 2204.

3) Ebenso: LAG Düsseldorf/Köln, DB 1983, S. 890.

4) Vgl. dazu Kapitel 5.

IV. Ergebnis

Als Ergebnis ist somit an dieser Stelle festzuhalten, daß es auch im BetrAVG für die Bestimmung des Arbeitgebers im rechtlichen Sinne allein darauf ankommt, wem aufgrund des Arbeitsvertrages die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsvertrag originär zustehen. Demnach können ohne besondere vertragliche Vereinbarung weder der Konzern als solcher noch andere (dritte) Konzerngesellschaften Arbeitgeber der bei den einzelnen Konzerngesellschaften angestellten Arbeitnehmer sein.

Damit ist jedoch nicht gesagt, daß neben die Arbeitgeber-Konzerngesellschaft nicht dritte Personen treten können, die den Arbeitnehmern gegenüber ebenfalls (abgeleitete) Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsvertrag haben können.

5. Kapitel: Konzern als "wirtschaftlicher Arbeitgeber" im Arbeitsrecht

Als nächstes soll der Frage nachgegangen werden, ob es der soziale Schutzzweck des Arbeitsrechts gebietet, den Konzern - abweichend vom bisher ermittelten Ergebnis - auf Grund seiner wirtschaftlichen Machtstellung einem Arbeitgeber gleichzustellen.

A. "Wirtschaftlicher" Arbeitgeberbegriff

Unter dem Begriff des "wirtschaftlichen" Arbeitgebers verbergen sich verschiedene Vorstellungen, die nichts miteinander zu tun haben. Deshalb ist es notwendig, zunächst eine begriffliche Klärung vorzunehmen. Soweit der Begriff des "wirtschaftlichen" Arbeitgebers dazu gebraucht wird, um sich über die rechtliche Gliederung einer wirtschaftlichen Einheit hinwegzusetzen und ein Wirtschaftssubjekt zum rechtlichen Anknüpfungspunkt der Arbeitgeberstellung zu machen²⁾, so ist dies bereits oben³⁾ abgelehnt worden, weil Rechtssubjektivität und faktische Subjektivität nicht identisch sind und miteinander kollidieren können. Teils wird aber unter einem wirtschaftlichen Arbeitgeber auch nur der Sachverhalt verstanden, daß in einer wirtschaftlichen Einheit die Arbeitgeberfunktionen auf verschiedene Personen verteilt sind und nicht nur ein,

1) Vgl. Fabricius in Gemeinschaftskommentar zum BetrVG, vor § 54, Rdnr. 53 ff.: er lehnt es zwar ab, den Konzern als (wirtschaftlichen) Arbeitgeber anzusehen, da dieser keine Rechtsperson sei, billigt ihm aber gleichwohl eine originäre betriebsverfassungsrechtliche Arbeitgeberfunktion zu.

2) So Höfer, BetrAVG, § 1, Anm. 156; Kemper, Unverfallbarkeit, S. 94; Henssler, S. 154 ff.; vgl. für das Gebiet der RVO die Entscheidung des OVA Speyer v. 16.4.1943, bei Fabricius, Unternehmensverbindung, S. 27 f.; ders. Rechtsprobleme, S. 49 ff.

3) Kapitel 4 B II.

sondern mehrere Rechtsträger gemeinsam "Arbeitgeber" sind¹⁾. Unter diesem Aspekt könnte auch der Konzern bzw. die Obergesellschaft als Arbeitgeber in Betracht kommen.

Um jedoch Mißverständnisse zu vermeiden, sollte der Begriff des "wirtschaftlichen Arbeitgebers" hierfür nicht verwendet werden, sondern von einem einheitlichen Arbeitsverhältnis gesprochen werden²⁾.

B. Aufgespaltenener Arbeitgeberbegriff - einheitliches Arbeitsverhältnis

Im folgenden soll also untersucht werden, ob mit Hilfe der Annahme eines einheitlichen Arbeitsverhältnisses oder der Konstruktion des aufgespaltenen Arbeitgeberbegriffs der Konzern bzw. die Obergesellschaft ohne besondere vertragliche Absprachen als (Teil)Arbeitgeber angesehen werden kann. Da § 613 S. 2 BGB lediglich eine Auslegungsregel darstellt, ist das Arbeitsverhältnis, wie jedes andere Schuldverhältnis, grundsätzlich teilbar³⁾. Jedoch ist insbesondere im Arbeitsrecht zu berücksichtigen, daß eine Aufspaltung des Arbeitsverhältnisses die Rechtsbeziehungen der Parteien unübersehbar werden läßt und die soziale Schutzfunktion des Arbeitsrechts mit steigender Kompliziertheit der Materie geschwächt wird⁴⁾. Aus diesem Grund war die Rechtsprechung des BAG bisher sehr zurückhaltend⁵⁾ und bemüht, die Voraussetzungen für die

1) Vgl. WSI-Studien, S. 178 ff.; unklar Merkblatt 300/M 5/11.80 des PSVaG, ZIP 81, 443; Henssler, S. 154 ff.

2) Vgl. BAG v. 27.3.1981, DB 1982, S. 1563 ff.

3) Vgl. BAG DB 82, 1570 m.w.N.; BAG DB 1975, 309; Hueck/Nipperdey Lehrbuch Bd. 1, S. 89, 514; Müllner, S. 60 jew. m.w.N.; für das Sozialrecht vgl. BSG 31, 235 (244).

4) Hierauf deutet zu Recht auch Henssler, S. 50, hin.

5) Vgl. BAG v. 22.12.1956 AP Nr. 6 zu Art. 44 NATO-Truppenvertrag einerseits und BAG v. 20.12.1957 AP Nr. 8 zu Art. 44 NATO-Truppenvertrag andererseits; vgl. aus neuerer Zeit: BAG v. 9.9.1982, ZIP 1983, S. 486 (487); BAG DB 1982, 1569.

Anerkennung eines aufgespaltenen Arbeitsverhältnisses möglichst eng zu ziehen, um ein Zerfließen des Arbeitsverhältnisses in eine Reihe von Sonderrechtsbeziehungen zu verhindern.

Deshalb vermeidet es das BAG in seiner neueren Rechtsprechung sorgfältig, von einer "Aufspaltung des Arbeitgebers" nach dessen Funktionen zu sprechen, sondern beschränkt sich auf die Feststellung, daß ein einheitliches Arbeitsverhältnis mit mehreren Personen sowohl auf Arbeitnehmer- wie auf Arbeitgeberseite begründet werden kann. In diesem Fall geht es aber dann weiter davon aus, daß jede Vertragspartei vollwertiger Arbeitgeber (bzw. Arbeitnehmer) ist, seine Befugnisse jedoch nur gemeinschaftlich mit den anderen geltend machen kann¹⁾.

Demgegenüber wird im Schrifttum neuerdings der Gedanke der Aufspaltung der Arbeitgeberstellung wiederholt aufgegriffen, um die rechtlichen Beziehungen der Arbeitsvertragsparteien zu außerhalb stehenden Dritten, die Arbeitgeberfunktionen wahrnehmen, zu erklären²⁾. Als Rechtsgrundlage für die Annahme unmittelbarer Rechtsbeziehungen zwischen Arbeitnehmer und Dritten wird hierbei auf die Lehre vom gesetzlichen Schutzverhältnis zurückgegriffen³⁾. In diesem Fall stünden dem Arbeitnehmer zwei (Teil)Arbeitgeber gegenüber, wobei nur zu einem eine vertragliche Beziehung besteht.

1) BAG DB 1982, S. 1569 f.; BAG ZIP 1983, S. 487 ff.; a.A.: Konzen, a.a.O.; partielle Arbeitgeberstellung des Dritten (S. 308).

2) Zeuner, FS Hilger/Stumpf, S. 722 f.; Müllner, S. 59 ff., 62 ff.; Konzen, ZfA 82, S. 264 ff., 286 ff.; ausführlich in bezug auf die Konzernproblematik: Henssler, S. 70 ff.; Konzen, RdA 84, S. 82 ff.

3) Insbesondere Konzen, ZfA 82, S. 285; Henssler, S. 79; grundsätzlich zum gesetzlichen Schutzverhältnis: Canaris, JZ 1965, S. 475 ff., 480; Gerhardt, JuS 1970, S. 597.

I. Voraussetzung: Arbeitsverhältnis mit Drittbeziehung

Voraussetzung für eine solche Vertragskonstruktion ist, daß der Arbeitnehmer mit mehreren Personen auf der Arbeitgeberseite in Verbindung steht. Erschöpfen sich seine Beziehungen lediglich in der rechtlichen Verbindung mit einem Rechtsträger, so ist es ausgeschlossen, darüber hinaus noch weitere arbeitsrechtliche Beziehungen zu anderen Rechtsträgern zu konstruieren, selbst wenn diese mit dem konkreten Arbeitgeber rechtlich oder wirtschaftlich verbunden sind. Mit anderen Worten: ein Arbeitnehmer in einem Konzern, der lediglich für die Konzerngesellschaft arbeitet, mit der er einen Arbeitsvertrag geschlossen hat, von dieser bezahlt wird, seine Weisungen erhält etc., kann niemals in einem einheitlichen Arbeitsverhältnis mit anderen Konzerngesellschaften stehen, da seinem Arbeitsverhältnis der Drittbezug fehlt¹⁾. Dies gilt selbst dann, wenn die Konzerngesellschaft, mit der er vertraglich verbunden ist, Teil eines Eingliederungskonzerns ist²⁾.

Denn auch in diesem Fall bleibt es dabei, daß der Konzern ein Zusammenschluß rechtlich selbständiger Unternehmen ist. Soll daher für einen Gläubiger der eingegliederten Gesellschaft die Hauptgesellschaft für Rückgriffe aus dem mit der eingegliederten Gesellschaft geschlossenen Vertrag zur Verfügung stehen, so muß hierfür ein besonderer Verpflichtungstatbestand erfüllt sein. Dieser kann aber neben den gesellschaftsrechtlichen Haftungstatbeständen der §§ 319 ff. AktG nur in allgemeinen privatrechtlichen Beziehungen zu suchen sein. Die Hervorhebung des

1) BAG DB 82, S. 1571; BAG ZIP 1983, S. 488; vgl. auch Konzen, ZfA 1982, S. 305 ff.

2) A.A. Offenbar Henssler, S. 80 ff, 121 f.: eine derartige Auffassung negiert aber die gesetzliche Wertung völlig und stellt keine Lückenausfüllung, sondern eine Rechtsfortbildung praeter legem, wenn nicht sogar contra legem dar; vgl. hierzu Larenz, Methodenlehre, S. 354 ff.; Pawlowski, S. 345 ff.

arbeitsrechtlichen Schutzprinzips schafft als solches ebenso wenig einen Verpflichtungstatbestand wie die Tatsache der wirtschaftlichen Abhängigkeit¹⁾.

Ohne eine irgendwie geartete Beziehung zwischen Arbeitnehmer und Hauptgesellschaft fehlt es aber auch an einem zurechenbaren Vertrauenstatbestand. Die bloße Tatsache wirtschaftlicher Abhängigkeit kann aber - da von der Rechtsordnung hingenommen - keinen Vertrauenstatbestand schaffen.

1. Abgrenzung zur bloßen Arbeitsberührung

Von einem Arbeitsverhältnis mit Drittbeziehung, in dem die Frage der aufgespaltenen Arbeitgeberstellung relevant werden kann, sind ferner die Fälle bloßer Arbeitsberührung zu unterscheiden. Hierunter sind die Fälle zu verstehen, in denen ein Arbeitnehmer lediglich als Erfüllungsgehilfe eines Arbeitgebers für einen Dritten tätig wird.

Dadurch wird ebenfalls keine relevante arbeitsrechtliche Beziehung zwischen dem Arbeitnehmer und dem Dritten begründet, da der Arbeitnehmer weiterhin dem Direktionsrecht seines Arbeitgebers untersteht und der Dritte ihm gegenüber lediglich das - dem Arbeitgeber gegenüber begründete - werkvertragliche Weisungsrecht des Bestellers hat²⁾. Die arbeitsvertragliche Stellung des Arbeitnehmers wird hierdurch nicht beeinträchtigt.

1) BAG AP Nr. 19 zu § 611 BGB Abhängigkeit (zu II 2 b der Gründe); aus diesem Grunde jetzt auch ausdrücklich ablehnend zu einem konzernbezogenen Kündigungsschutz: BAG v. 14.10.82, DB 83, S. 2635 (2637).

2) BAG AP Nr. 2 zu § 1 AÜG; BAG AP Nr. 2 zu § 613 BGB; AP Nr. 3 zu § 103 BetrVG 72; Mayer-Maly, ZfA 1972, S. 1 (3); Ramun ZfA 1973, S. 264; Joost/Säcker S. 45 f. jew. m.w.N.

2. Wechsel der Konzerngesellschaften

Die erste Möglichkeit eines Arbeitnehmers in einem Konzern, mit einer anderen Konzerngesellschaft in Beziehung zu treten, ist, von seiner alten Gesellschaft zu der neuen Gesellschaft überzuwechseln. Dies kann in zwei Formen geschehen: einmal, indem der Arbeitsvertrag zur alten Gesellschaft bestehen bleibt und der Wechsel nur der tatsächlichen Arbeitsleistung in der neuen Gesellschaft dient (nachfolgend unter 3), zum anderen, indem der Arbeitsvertrag mit der alten Gesellschaft gelöst wird und mit der neuen Gesellschaft ein neuer Arbeitsvertrag geschlossen wird. Da die Konzernglieder rechtlich selbständig sind (§ 18 AktG), liegt hiermit grundsätzlich ein Wechsel des Arbeitgebers vor. Auch hierbei sind zwei Varianten denkbar:

a) Auf eigenen Wunsch

Der Arbeitnehmer wechselt auf eigenen Wunsch innerhalb des Konzerns den Arbeitgeber. Der Fall liegt dann nicht anders, als bei jedem anderen Wechsel eines - nicht konzerngebundenen - Arbeitgebers. Der Wechsel lag in der freien Entscheidung des Arbeitnehmers; eine konzernspezifische Sonderstellung ist nicht ersichtlich¹⁾.

b) Auf fremde Veranlassung

Der Arbeitnehmer wechselt auf fremde Veranlassung die Konzerngesellschaft. Dies kann sowohl im Unterordnungs-

1) Die gegenteilige Ansicht von Henssler, S. 157, überzeugt nicht: darauf, ob die Arbeitsleistung wirtschaftlich auch Dritten zugute kommt, kommt es regelmäßig nicht an.

konzern auf Veranlassung der Obergesellschaft mittels einer Weisung an den Vorstand der Untergesellschaft erfolgen als auch im Gleichordnungskonzern auf Wunsch der bisherigen Arbeitbergergesellschaft¹⁾.

Hier liegt der Fall insofern anders, als der Arbeitnehmer sich einem entsprechend vorgetragenen "Wunsch" faktisch kaum widersetzen können. Es fragt sich daher, ob der soziale Schutzzweck des Arbeitsrechts es gebietet, in einem solchen Fall eine Aufspaltung der Arbeitgeberstellung anzunehmen²⁾.

3. Arbeitsvertragliche Verpflichtung zur Arbeitsleistung in allen Konzerngesellschaften (Abdingbarkeit des § 613 S. 2 BGB)

An ein aufgespaltenes Arbeitsverhältnis ist aber auch dann zu denken, wenn der Arbeitnehmer sich von Anfang an dazu verpflichtet hat, seine Dienste in allen Konzerngesellschaften zu erbringen. Dann bleibt formal sein Arbeitsverhältnis mit einer Konzerngesellschaft bestehen, während er für alle Gesellschaften arbeitet.

Die Vorschrift des § 613 S. 2 BGB stellt lediglich eine gesetzliche Regel dar und ist somit einzelvertraglich abdingbar³⁾.

Auch hier sind verschiedene Fallkonstellationen abdingbar:

-
- 1) Z.B. Wechsel zum zentralen Leitungsorgan erwünscht, da die Konzerngesellschaft sich im Rahmen des Gleichordnungsvertrages zur Abstellung einer gewissen Anzahl von Arbeitnehmern verpflichtet hat.
 - 2) Vgl. Ramm, ZfA 73, S. 276; für die baugewerbliche Arge plädiert Knigge, Beilage Nr. 4/82 zu DB, S. 5 ff. für eine Aufspaltung; Henssler, S. 55 ff.
 - 3) Vgl. Martens, BAG-Festschrift, S. 369; Palandt-Putzo, § 613 BGB, Anm. 2 m.w.N.; Zeuner, FS Hilger/Stumpf, S. 722 f.

a) Anstellung bei Muttergesellschaft im Unterordnungskonzern

Der Arbeitnehmer schließt den Arbeitsvertrag mit der Muttergesellschaft in einem Unterordnungskonzern. Diese setzt ihn dann je nach Bedarf in den einzelnen Gliedgesellschaften ein, die den Einsatz in der Regel zu vergüten haben. Für die Dauer des Einsatzes unterliegt der Arbeitnehmer in der Regel dem Weisungsrecht der jeweiligen Gliedgesellschaft. Die Entlohnung erfolgt entweder weiterhin durch die Muttergesellschaft oder durch die jeweilige Tochtergesellschaft¹⁾.

b) Anstellung bei Tochtergesellschaft

Der Arbeitnehmer ist von einer abhängigen Gesellschaft angestellt worden. Diese gibt ihn auf Weisung des herrschenden Unternehmens an andere Unternehmer ab. Diese haben hierfür eine Vergütung zu zahlen. Das arbeitsvertragliche Weisungsrecht wird von der jeweiligen Gliedgesellschaft ausgeübt, die auch über die zeitliche Lage des Urlaubs entscheidet.

c) Anstellung im Gleichordnungskonzern

Der Arbeitnehmer ist von der Gliedgesellschaft eines Gleichordnungskonzerns angestellt, die ihn auch entlohnt. Der Arbeitnehmer wird auf Weisung der Gliedgesellschaft in andere Gesellschaften entsandt, deren Weisungsrecht er unterliegt.

1) Vgl. hierzu Zeuner, FS Hilger/Stumpf, S. 771 ff.

d) Anstellung bei Personalgesellschaft ("Société du gestion du personel")

Schließlich ist der Fall denkbar, daß in einem Konzern eine sogenannte Personalgesellschaft gegründet wird, die sämtliche Arbeitnehmer des Konzerns einstellt und sie dann je nach Bedarf an die einzelnen Konzerngesellschaften "ausleiht". Dieser, im Bereich des französischen Rechts praktizierte Fall¹⁾, ist in Deutschland noch relativ selten. Die Arbeitnehmer werden von der Personalgesellschaft entlohnt, diese führt auch die Sozialabgaben ab und spricht die Kündigung aus.

Die Arbeitnehmer haben aber mit dieser Gesellschaft praktisch keinen Kontakt, sondern unterliegen dem Weisungsrecht der jeweiligen Gesellschaft, deren betriebliche Ordnung sie unterworfen sind.

4. Anstellung von mehreren Konzerngesellschaften gleichzeitig

Ein einheitliches Arbeitsverhältnis mit mehreren Arbeitgebern ist schließlich noch dann denkbar, wenn der Arbeitnehmer seinen Arbeitsvertrag mit mehreren Konzernun-

1) "Société du gestion du personel", vgl. Schnorr, RdA 72, S. 196. In Deutschland sind jedoch ähnliche Ergebnisse erreicht worden durch eine entsprechende dezentrale Unternehmensorganisation, z.B. Siemens AG: Das Gesamtunternehmen ist in weitgehend selbständige Unternehmensbereiche gegliedert, nur bestimmte Unternehmensfunktionen sind zentralisiert: Hierunter befindet sich auch die zentrale Personalabteilung. Diese ist jedoch im Unterschied zur Personalgesellschaft rechtlich unselbständig, wie auch die Siemens AG ein Unternehmen und keinen Konzern darstellt (es gibt selbstverständlich auch den Siemenskonzern; hierin ist aber die Siemens AG nur ein Konzernunternehmen). Vgl. Wöhe BWL; vgl. auch Schaub, Handbuch § 120 I 2; vgl. zum ähnlichen Problem bei Betriebsführungsgesellschaften: Fabricius, Rechtsprobleme, S. 1 ff., 6 ff.; Henssler, S. 67 ff.

ternehmen schließt. Dieser Fall dürfte jedoch relativ selten sein und allenfalls in Gleichordnungskonzernen, etwa bei der Anstellung des Leiters des gemeinsamen Leitungsorgans, vorkommen.

II. Rechtliche Einordnung

Für die rechtliche Ordnung dieser Sachverhalte bieten sich verschiedene Lösungsmöglichkeiten an:

1. Mittelbares Arbeitsverhältnis

Zunächst bietet sich die Konstruktion des mittelbaren Arbeitsverhältnisses an. In einem solchen setzt ein einzelner Arbeitnehmer zur Erfüllung seiner eigenen arbeitsvertraglichen Pflichten seinerseits Arbeitnehmer ein. Ein mittelbares Arbeitsverhältnis setzt demnach dreierlei voraus: der Mittelsmann muß Arbeitnehmer eines Dritten sein, die Arbeit des Gehilfen muß mit Wissen des Dritten unmittelbar für diesen geleistet werden, ohne daß zwischen ihnen ein Arbeitsvertrag besteht und schließlich muß die Leistung des Gehilfen zur Erfüllung der arbeitsvertraglichen Verpflichtung des Mittelsmanns dienen¹⁾.

Wegen der geforderten Abhängigkeit des Mittelsmanns kommt diese Konstruktion von vornherein nur im Falle der Anstellung eines Arbeitnehmers in einem Unterordnungskonzern in Betracht, da ein Gleichordnungskonzern sich gerade dadurch auszeichnet, daß die einzelnen Konzernglieder voneinander unabhängig sind.

Doch auch im Unterordnungskonzern vermag die Figur des mittelbaren Arbeitsverhältnisses eine Arbeitgeberstel-

1) BAG AP Nr. 1, 2, 3 zu § 611 BGB Mittelbares Arbeitsverhältnis; Hueck/Nipperdey Bd. I § 78 V 1; Nikisch Bd. I, § 24 III 1; Müllner, S. 26 f.

lung der herrschenden Gesellschaft nicht zu begründen. Denn die Figur des mittelbaren Arbeitsverhältnisses dient dazu, der sozialen Schutzbedürftigkeit eines Arbeitnehmers, die sich gerade in seiner persönlichen Abhängigkeit vom Arbeitgeber äußert, Rechnung zu tragen.

Im Falle des mittelbaren Arbeitsverhältnisses ist der Arbeitnehmer nicht von einem persönlich unabhängigen Arbeitgeber, sondern von einem ebenfalls persönlich abhängigen Arbeitnehmer abhängig¹⁾. Der Dritte ist über den Mittelsmann in arbeitsrechtlichem Sinne weisungsbefugt. Der Dritte ist derjenige, der letztlich über Art, Ort und Zeitpunkt der Arbeitsleistung entscheidet. Dies ist auch von vornherein vertraglich so festgelegt, § 613 S. 2 BGB. Eben dadurch wird der Arbeitnehmer auch rechtlich dem Weisungsrecht des Dritten unterworfen, so daß die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers vom Dritten nicht nur faktisch, sondern rechtlich begründet ist²⁾. Deshalb liegt ein mittelbares Arbeitsverhältnis nicht vor, wenn ein Unternehmer zur Erfüllung seiner Vertragspflichten seine Arbeitnehmer bei Dritten arbeiten läßt³⁾. Selbst wenn der Unternehmer wirtschaftlich oder rechtlich (z.B. durch einen Beherrschungsvertrag) abhängig ist, so ist dies doch nicht mit der persönlichen Abhängigkeit des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber zu vergleichen. Denn auch im Falle der wirtschaftlichen Beherrschung hat der Dritte keine arbeitsrechtlichen Weisungsrechte gegenüber den Arbeitnehmern des beherrschten Unternehmens. Die soziale Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers beruht jedoch auf seiner persönlichen Abhängigkeit, nicht darauf, daß er auch wirtschaftlich noch von anderen Personen abhängig ist⁴⁾.

1) Vgl. BAG AP 2 zu § 611 BGB Mittelbares Arbeitsverhältnis m.w.N.

2) Ebenso Müllner, S. 33; a.A. BAG AP Nr. 3 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

3) Müllner, S. 27 m.w.N., S. 30.

4) Vgl. BAG ZIP 1983, S. 607 (611).

Denn die wirtschaftliche Abhängigkeit ist mittlerweile zum allgemeinen Merkmal der Mittelstandsschicht überhaupt geworden¹⁾.

Im Unterordnungskonzern sind die Arbeitnehmer der einzelnen Konzernglieder von der Obergesellschaft lediglich wirtschaftlich abhängig; dies gilt auch für den vertraglichen Unterordnungskonzern, da der Beherrschungsvertrag die Obergesellschaft nicht zu arbeitsrechtlichen Weisungen an den Vorstand der jeweiligen Konzerngesellschaft berechtigt. Arbeitgeber bleibt einzig und allein das abhängige Konzernunternehmen; hiervon zu unterscheiden ist die Frage, inwieweit die herrschende Gesellschaft den Arbeitnehmern für eine Benachteiligung und Schädigung der abhängigen Gesellschaft haftet²⁾.

2. Leiharbeitsverhältnis

Eine weitere Möglichkeit, die Arbeitsverhältnisse mit Drittbeziehung von Arbeitnehmern im Konzern rechtlich einzuordnen, bietet die Annahme eines Leiharbeitsverhältnisses. Ein solches bietet sich insbesondere in den Fällen an, in denen der Arbeitsvertrag mit einer Konzerngesellschaft geschlossen ist, gleichzeitig aber vereinbart ist, daß der Arbeitnehmer seine Dienste im gesamten Konzernbereich zu erbringen hat (oben unter Kapitel 5 B I 3). Denn im Falle eines auf fremde Veranlassung erfolgten Wechsels der Konzerngesellschaften soll das Arbeitsverhältnis zur "alten" Gesellschaft gerade gelöst werden, so daß von einem "Entleiher" begrifflich nicht gesprochen werden kann.

1) Schnorr in Anm. zu BAG AP Nr. 6 zu § 611 BGB Abhängigkeit (Bl. 285); BAG AP Nr. 19 zu § 611 Abhängigkeit (SFB-Tanzorchester); Beuthien/Wehler in Gemeinsame Anmerkung zu BAG AP Nr. 15-21 zu § 611 BGB Abhängigkeit (Bl. 705).

2) Vgl. BAG AP Nr. 19 zu § 611 BGB Abhängigkeit (Bl. 448); Müllner, S. 30; Henssler, S. 42 ff., 52 ff.

Denkbar ist in solchen Fällen lediglich, daß der "alte" Arbeitsvertrag nicht aufgelöst, sondern lediglich suspendiert werden soll¹⁾. Wenn dies auch letztlich nur durch (notfalls ergänzende) Vertragsauslegung im Einzelfall festgestellt werden kann, so dürfte eine solche Konstruktion jedoch in der Regel dem Willen der abgebenden Konzerngesellschaft nicht entsprechen. Denn der Arbeitnehmer soll ja nicht zurückkehren, sondern endgültig wechseln; der Arbeitnehmer soll hierzu lediglich bewegt werden, da ein solcher Wechsel im Konzerninteresse liegt. Deshalb wird die abgebende Gesellschaft für das weitere arbeitsrechtliche Schicksal ihres ehemaligen Arbeitnehmers auch keine Verantwortung übernehmen wollen, so daß auch die Annahme einer Bürgschaft oder Garantie für das neue Arbeitsverhältnis ausscheidet²⁾. Der Arbeitnehmer hat hieran auch kein schützenswertes Interesse, da er einen neuen Schuldner erhält und er in der Entscheidung, den Arbeitgeber zu wechseln, letztlich frei ist. Wird er aber in seiner Willensbildung unbillig beeinflusst, so ist es gerechtfertigt, aber auch ausreichend, ihm einen allgemeinen Schadensersatzanspruch zur Verfügung zu stellen. In Betracht kommt hier insbesondere eine Verantwortlichkeit desjenigen, der ihn zum Wechsel bewegt, aus dem Grundsatz der Vertrauenshaftung gemäß § 242 BGB³⁾.

Ebenso scheidet die Annahme eines Leiharbeitsverhältnisses schon begrifflich aus, wenn das Arbeitsverhältnis von vornherein mit mehreren Arbeitgebern geschlossen wird.

1) Vgl. hierzu Albrecht, S. 60 ff.; Knigge, Beilage Nr. 4/82, DB 1982, S. 5.

2) Dies kann anders sein, wenn die abgebende Konzerngesellschaft trotz der Auflösung des Arbeitsverhältnisses als "Sicherheitsfaktor" im Hintergrund stehen bleibt und vereinbart ist, daß der Arbeitnehmer nach Ablauf einer bestimmten Zeit wieder zu seiner "alten" Gesellschaft zurückkehrt; vgl. hierzu den Sachverhalt bei Rey, DB 1982, S. 806.

3) Vgl. BAG AP Nr. 1 zu § 242 BGB Ruhegehalt - Konzern; Martens, BAG - FS, S. 569, 371.

Hier liegt vielmehr ein einheitliches Arbeitsverhältnis mit mehreren Arbeitgebern vor, die ihre Befugnisse nur gemeinsam ausüben können¹⁾.

a) Begriff

Das Problem des Leiharbeitsverhältnisses, das seit jeher Gegenstand heftiger Auseinandersetzungen war²⁾, ist auch heute bereits im Bereich der Terminologie umstritten³⁾. Um jedoch die wissenschaftliche Diskussion nicht unnötig zu erschweren, soll an der weitaus herrschenden⁴⁾ Terminologie festgehalten werden. Demnach liegt ein Leiharbeitsverhältnis vor, wenn ein selbständiger Unternehmer (Verleiher) einen Arbeitnehmer einstellt und zur Arbeitsleistung einem Dritten (Entleiher) überläßt⁵⁾. Des weiteren wird das Leiharbeitsverhältnis noch in ein "echtes" und ein "unechtes" unterschieden⁶⁾. Diese Unterscheidung, die ihren Sinn in der Abgrenzung der Leiharbeitsverhältnisse von der - verbotenen - Arbeitsvermittlung hatte, ist jedoch durch die Entscheidung des BVerfG zu § 37 Abs. 3 AVAVG⁷⁾ entbehrlich geworden. Sie trägt mehr zu einer Begriffsverwirrung als zu einer Klärung bei⁸⁾.

Entscheidend für die rechtliche Einordnung des Leiharbeitsverhältnisses ist vielmehr die Anwendbarkeit des AÜG und die Interessenlage der rechtlichen Parteien⁹⁾.

1) BAG DB 82, 1569 f.; BAG ZIP 83, 487 f.

2) Vgl. die Nachweise bei Müllner, S. 37 FN 57.

3) Vgl. Ramm DB 1973, S. 1170; ders. ZfA 73, S. 266; Säcker/Joost, S. 33 f.; Becker, Kommentar z. AÜG, Einl. 7.

4) Hueck/Nipperdey Bd. I, S. 521; Nikisch Bd. I, S. 144; Monjau AuR 1964, S. 257; Mayer-Maly ZfA 1972, S. 1; Säcker/Joost, S. 33.

5) Schaub, § 120 I 1; Heinze, ZfA 76, 184; Becker, AÜG, Einl. 19.

6) Vgl. hierzu Nikisch Bd. I, S. 244; Mayer-Maly ZfA 72, 17; Heinze ZfA 1976, 183.

7) BVerfG E 21, S. 261.

8) Vgl. die Nachweise bei Müllner S. 39; so auch Säcker/Joost, S. 33.

9) Vgl. Müllner S. 39 m.w.N.

Unter einen derart weitgefaßten Begriff des Leiharbeitsverhältnisses fällt somit die Entsendung von Bedienungspersonal für vermietete Maschinen und Montagepersonal ebenso wie die nicht gewerbsmäßige Überlassung von Arbeitnehmern sowie die durch das AÜG geregelte gewerbliche Überlassung von Arbeitnehmern. Eine Unterscheidung ist jedoch insofern erforderlich, als die Arbeitnehmer weiterhin dem Weisungsrecht des Verleihers unterliegen. Denn die soziale Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers äußert sich gerade darin, daß er weisungsgebundene Arbeit verrichtet. Insofern wird im folgenden zwischen Unternehmensarbeitnehmern (die dem Weisungsrecht des Verleihers unterliegen)¹⁾ und "echten" Leiharbeitnehmern, die dem Weisungsrecht des Entleihers unterliegen, unterschieden. Im ersten Fall liegt somit an sich nur ein Fall einer bloßen Arbeitsberührung vor. Wegen der engen Verzahnung und der dadurch bedingten schwierigen Abgrenzung soll hierauf dennoch kurz eingegangen werden.

b) Anwendbarkeit des AÜG im Konzern

Das AÜG ist auf die Überlassung von Arbeitnehmern an andere Gesellschaften innerhalb eines Konzerns nicht anwendbar, da diese nur aus organisatorischen Gründen und nicht gewerbsmäßig erfolgt. Im Konzern werden die Arbeitnehmer nicht - auch nicht nur als Nebenzweck²⁾ - abgestellt, um damit Gewinn zu erzielen.

Die Überlassung dient der möglichst rationalen Verteilung der Arbeitskräfte im Konzern, läßt also den allgemeinen

1) Vgl. zu diesem Begriff auch BAG AP Nr. 2 zu § 1 AÜG m.w.N.

2) Vgl. zum Begriff der Gewerbsmäßigkeit im AÜG: Becker, AÜG Art. 1 § 1, Anm. 26.

Arbeitsmarkt, den das AÜG schützen will, unbeeinflusst¹⁾. Diese Sonderbehandlung ist auch gerechtfertigt, da der Konzern eine wirtschaftliche und organisatorische Einheit bildet.

c) Rechtsnatur des Leiharbeitsverhältnisses im Konzern

Damit ist aber noch nicht die Frage gelöst, ob die Überlassung von Arbeitnehmern im Konzern zusätzlich zu der ausdrücklich durch Arbeitsvertrag begründeten Beziehung Verleiher - Arbeitnehmer auch eine arbeitsrechtliche Beziehung Entleiher - Arbeitnehmer herstellt. Hierzu sind drei Lösungsmöglichkeiten denkbar:

- Ein Arbeitsvertragsverhältnis besteht nur zum Verleiher²⁾.
- Ein Arbeitsvertragsverhältnis besteht nebeneinander zu Entleiher und Verleiher³⁾, wobei die Begründungen im einzelnen sehr stark differieren.
- Ein Arbeitsverhältnis besteht gemeinsam mit Verleiher und Entleiher⁴⁾, wobei die Ausgestaltung im einzelnen unterschiedlich sein kann.

Die besondere Situation im Konzern läßt einen pauschalen

-
- 1) Vgl. Begr. RegE, BT-DS VI/23/3, S. 10; so auch Schnorr, RdA 1972, 196; Martens, BAG-FS, S. 370; Säcker/Joost, S. 65; Becker AÜG Art. 1 § 1, Rdnr. 34; Konzen, ZfA 82, S. 273 ff.; Henssler, S. 53; einschränkend: Franßen/Haesen, AÜG Art. 1 § 1, Anm. 54.
 - 2) So die ältere Rspr. allgemein, vgl. RAG, ARS 29, 278; 34, 306; 36, 385; 40, 10.
 - 3) Vgl. Mayer-Maly ZfA 72, 23; Schnorr v. Carolsfeld, Arbeitsrecht, S. 24; BSGE 31, 235. BAG AP Nr. 2, 3 zu § 611 BGB Leiharbeitsverhältnis, alle Nachweise beziehen sich jedoch nicht auf die besondere Situation im Konzern.
 - 4) Vgl. allgemein: Heinze ZfA 76, S. 193 ff; Müllner, S. 62 ff.; BAG DB 82, 1570. Zur Konzernproblematik: Konzen ZfA 82, S. 305 ff.; Henssler, S. 52 ff, 54 ff; Konzen, RdA 84, S. 65 ff.

Vergleich mit den Leiharbeitsverhältnissen im übrigen Wirtschaftsleben nicht zu.

Denn obwohl die einzelnen Konzernglieder rechtlich selbständig sind, so bildet doch der Konzern eine mehr oder minder enge wirtschaftliche und organisatorische Einheit, in der zu Gunsten eines Konzerninteresses ein leichter und effektiverer Leistungsaustausch möglich sein soll. Entscheidend muß die Interessenlage aller beteiligten Parteien sein.

aa) Montage- und Servicepersonal (Unternehmensarbeiter)

So ist die Interessenlage von Montage- und Servicepersonal, das zur Erfüllung eines bestimmten Auftrages in ein anderes Konzernunternehmen geschickt wird, anders als die von Arbeitnehmern einer Konzerngesellschaft, die zur Deckung einer vorübergehenden Bedarfsspitze einem anderen Konzernunternehmen zugestellt werden und dort wie Arbeitnehmer des anderen Unternehmens in den Arbeitsablauf integriert werden. Auch ist die Interessenlage der beteiligten Konzernunternehmen zu berücksichtigen, die die Arbeitnehmer gerade nicht fest anstellen wollen¹⁾. Gerade hierin liegt ja die erwünschte Flexibilität, die es innerhalb der Wirtschaftseinheit "Konzern" ermöglichen soll, bedarfsgerechter zu planen. Hierbei ist jedoch zu beachten, daß die menschliche Arbeitskraft kein beliebig verfügbares Wirtschaftsgut darstellt. Die verfassungsrechtlich geschützte Würde des Menschen gebietet vielmehr, der Person des Arbeitnehmers und ihrem sozialen Schutz bei allen Verfügungen über seine Arbeitskraft Rechnung zu tragen.

1) Vgl. Mengelbier, ZfB 98, S. 109.

Zunächst sind die Verhältnisse des Montage-, Bedienungs- und sonstigen Fachpersonals, das zur Erfüllung eines bestimmten Auftrages in andere Unternehmen abgestellt ist, rechtlich einzuordnen. Diese Abstellung erfolgt nur zur Erfüllung eines bestimmten, zeitlich begrenzten Auftrages. Mag dieser Auftrag auch lange Zeit andauern und das abgestellte Personal - z.B. Bedienungspersonal eines Mietcomputers - eng in den Arbeitsablauf des anderen Unternehmens integriert sein, so täuscht das nicht darüber hinweg, daß die betroffenen Arbeitnehmer einzig und allein mit dem entsendenden Unternehmen in arbeitsvertraglichen Beziehungen stehen. Die Arbeitnehmer haben keinerlei Interesse daran, ihren Arbeitsvertragspartner zu wechseln, da die Arbeit beim Entleiher in absehbarer Zeit beendet ist und sie ausschließlich zur Erledigung eines bestimmten Auftrages abgestellt sind. Sie erfüllen einen Auftrag, um ihrer Arbeitspflicht dem Entsendeunternehmen gegenüber nachzukommen. Dieses bleibt auch allein aus dem Arbeitsvertrag berechtigt und verpflichtet. Das Weisungsrecht eines "Entleihers" ist lediglich das eines Bestellers den Erfüllungsgehilfen des Werkunternehmens gegenüber. Entscheidend ist, daß das umfassende Weisungsrecht des Arbeitgebers, Ort, Zeit und Art der zu verrichtenden Arbeit zu bestimmen, im Grundsatz bei dem entsendenden Unternehmen verbleibt. Denn dann sind die Arbeitnehmer weiterhin von ihm persönlich abhängig, auch wenn sie ihre Arbeitsleistung im Betrieb eines Dritten erbringen müssen. Die durch die weisungsgebundene Tätigkeit begründete persönliche Abhängigkeit besteht weiterhin dem entsendenden Unternehmen gegenüber: ihm kommt auch die Arbeitsleistung zugute, während der Arbeitgeber in seiner unternehmerischen Entscheidung, wie er die Arbeitskraft seiner Arbeitnehmer nutzt, grundsätzlich frei ist, solange er den Anspruch auf Arbeitsleistung nicht auf Dritte über-

trägt¹⁾. Selbst wenn dem "Entleiher" die Entlohnungspflicht übertragen ist, so ist darin keine Schuld- oder Vertragsübernahme zu sehen, sondern lediglich die Zahlung durch einen Dritten als Erfüllung gem. § 267 BGB²⁾.

Umgekehrt hat der Entleiher keinerlei Interesse daran, diese Arbeitnehmer als eigene zu übernehmen oder in ihren Arbeitsvertrag (mit) einzutreten. Er ist lediglich an dem von den Arbeitnehmern herbeizuführenden Erfolg interessiert. Jedoch ist auch er nicht völlig frei von Verpflichtungen den Arbeitnehmern gegenüber. Da die Arbeitnehmer in seinem Herrschaftsbereich arbeiten, ist er ihnen gegenüber auch zur Fürsorge verpflichtet. Diese dem Arbeitsvertrag entspringende Fürsorgepflicht ist dem Entleiher von dem Verleiher als Nebenpflicht durch den Werkvertrag im Wege eines Vertrages zu Gunsten Dritter gem. § 328 BGB übertragen worden³⁾. Mit dieser Übertragung der Fürsorgepflicht kommt der Entleiher seiner eigenen arbeitsvertraglichen Verpflichtung nach, was ihn jedoch nicht von einer steten Überwachung befreit. Arbeitgeber ist somit allein das Entsendeunternehmen; eine Aufspaltung der Arbeitgeberstellung findet nicht statt⁴⁾.

Ähnlich ist die Interessen- und Rechtslage, wenn Arbeitnehmer zur Ausbildung in eine Ausbildungseinrichtung eines anderen Konzernunternehmens entsandt werden⁵⁾. Obwohl die Arbeitnehmer voll in den Ausbildungsbetrieb in-

1) Vgl. ebenso in einem Fall der Dienstüberlassung bei der Umorganisation eines Betriebs in eine rechtliche selbstständige GmbH: BAG AP Nr. 2 zu § 613 BGB.

2) Ramm, ZfA 73, 275.

3) Vgl. Daimler, S. 79; Sitzer, Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, AR - Blattei (B-Blatt), Fürsorgepflicht I, I A II; Hueck/Nipperdey, Bd. 1, S. 524, jeweils m.w.N.; Trieschmann, DB Beilage 16/56, III 1 a; Becker, AUG Art. 1 § 11, RdNr. 60 a.

4) BAG AP Nr. 2 zu § 1 AUG; AP Nr. zu § 613 BGB; Halbach, DB 80, 2392 ff.; a.A.: Konzen, ZfA 82, 284 ff., 286 ff.

5) Vgl. etwa die Bildungszentren der Siemens AG in Erlangen und Karlsruhe, in denen auch Angehörige von anderen Konzernunternehmen ausgebildet werden.

tegriert sind, bleiben sie doch alleinige Arbeitnehmer des Entsendeunternehmens. Das Unternehmen, in dem - aus Rationalisierungsgründen - die Ausbildung zentral für den gesamten Konzern stattfindet, hat lediglich abgeleitete Rechte aus dem Arbeitsvertrag. Es hat aber keine originäre Arbeitgeberfunktion¹⁾.

bb) "Echte" Leiharbeitnehmer

Anders stellt sich dagegen die Interessenlage der Parteien dar, wenn Arbeitnehmer - zwar ebenfalls nur vorübergehend - mehr oder weniger lange zu einem anderen Konzernunternehmen geschickt werden, um dort voll integriert in den Arbeitsablauf dieses Unternehmens anschließend nach Weisungen dieses Unternehmens zu arbeiten. Ähnlich ist der Fall der Personalgesellschaft zu beurteilen, die je nach Bedarf "ihre" Arbeitnehmer bei dem einen Unternehmen abzieht und einem anderen zuweist²⁾.

Zwar ist auch hier der Grund für dieses Verfahren auf seiten der Unternehmen in dem Bestreben nach größtmöglicher Flexibilität zu sehen.

Die in der Wirtschaftseinheit Konzern vorhandenen Kapazitäten sollen möglichst optimal ausgenutzt werden, möglichst wenige Arbeitskräfte sollen betriebswirtschaftlich "brach" liegen.

Dem steht jedoch das Interesse der Arbeitnehmer nach einem gesicherten sozialen Schutz gegenüber. Dies erfordert, daß der Arbeitnehmer klar erkennen kann, wer ihm

1) Ebenso im Ergebnis Henssler, S. 55.

2) Vgl. die Pläne zur Schaffung einer Bremischen Werft AG, in der diese Möglichkeit ausdrücklich als ein Vor teil der Konzentration erwähnt wird, in "Der Spiegel" Nr. 25/1982, S. 59 f.
Zur betriebsverfassungsrechtl. Problematik: Zeuner, FS Hilger/Stumpf, S. 773 ff.

für die Sicherung seiner Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis verantwortlich ist. Denn die Arbeitnehmer sind zur Sicherung ihrer Existenz gezwungen, sich unter das Weisungsrecht eines anderen zu fügen. Sie können Art und Weise ihrer Arbeit nicht frei bestimmen, sondern müssen sie nach den Weisungen des Arbeitgebers verrichten. Darüber hinaus können sie nicht wie unabhängige Unternehmer die wirtschaftlichen Eckdaten ihrer Tätigkeit bestimmen und auf die Erfordernisse des Marktes reagieren, sondern sind insofern abhängig vom unternehmerischen Geschick des Arbeitgebers¹⁾.

Wenn diese Unterordnung auch freiwillig geschehen ist, so äußert sich doch hierin ihre persönliche Abhängigkeit und damit auch ihre soziale Schutzbedürftigkeit²⁾. Dieses soziale Schutzbedürfnis könnte es aber unter Umständen erfordern, einem Arbeitnehmer, der aufgrund einer konzernrechtlichen Weisung (oder sonst in einem übergeordneten Konzerninteresse) von der Konzerngesellschaft, mit der er arbeitsvertraglich verbunden ist, in ein anderes Konzernunternehmen geschickt wird und dort längere Zeit unter dessen Weisung arbeitet, auch gegen diese aufnehmende Gesellschaft arbeitsvertragliche Ansprüche zuzugestehen. Denn wenn die wirtschaftliche Flexibilität des Konzerns ausschließlich zu Lasten des Arbeitnehmers ginge, so würde ihn das zu einem bloßen Vermögensobjekt denaturieren und wäre mit seiner Menschenwürde wohl schwer vereinbar³⁾.

Eine allgemein verbindliche Lösung für alle Fälle der Arbeitnehmerüberlassung im Konzern wird sich wohl nicht finden lassen. Vielmehr kommt es entscheidend auf die kon-

1) Vgl. zu diesem Aspekt: Hommelhoff/Timm, KTS 81, S. 298, 300.

2) BAG DB 72, 1488; Hueck/Nipperdey Bd. I, S. 41 ff.; Lieb RdA 1977, 210 ff. m.w.N.; BAG AP Nr. 16 zu § 611 Abhängigkeit mw.N.

3) Heinze ZfA 76, 199; Henssler, S. 6 ff.

krete Vertragsgestaltung und notfalls auf die (ergänzende) Vertragsauslegung gem. §§ 133, 157 BGB an. Gleichwohl soll der Versuch gemacht werden, einige allgemeine Rechtsgrundsätze für den Fall aufzuzeigen, daß ein Arbeitsvertrag zwischen Entleiher und Arbeitnehmer nicht ausdrücklich abgeschlossen ist, sondern nur eine einverständliche Arbeitsaufnahme in dem fremden Konzernunternehmen erfolgt ist. Es bieten sich mehrere Möglichkeiten an, die rechtliche Stellung des "Leiharbeitnehmers" im Konzern zu klären. Dabei kann aber auf die Durchgriffshaftung im Konzern erst zurückgegriffen werden, wenn allgemeine vertragliche Konstruktionen versagen¹⁾.

aaa) Entleiher als Erfüllungsgehilfe des Verleihers

Die ältere Rechtsprechung²⁾, die den Entleiher lediglich als Erfüllungsgehilfen des Verleihers ansah, vermag dem eingangs geschilderten Interessenkonflikt nur bedingt gerecht zu werden³⁾. Denn sie gewährt dem Arbeitnehmer, der bei dem Entleiher weisungsgebunden tätig ist, keinen arbeitsrechtlichen Schutz gegenüber dem Entleiher. Soweit dem Entleiher gleichwohl eine Fürsorgepflicht dem Arbeitnehmer gegenüber aufgegeben wird⁴⁾, so fehlt es insofern an einer tragfähigen rechtlichen Begründung. Denn insbesondere bei längerer Abstellung des Arbeitnehmers wäre es lebensfremd, annehmen zu wollen, daß die Beziehung Entleiher - Arbeitnehmer keine arbeitsrechtlichen Elemente hätte. Beide Seiten sind an einer Ausstrahlung des Arbeitsvertrages auf ihre Rechtsbeziehung interessiert. Dies ist aber rechtlich nicht begründbar, wenn man eine arbeitsrechtliche Beziehung zwischen Entleiher und Arbeitnehmer gänzlich leugnet.

1) Rehbindner, Konzernaußenrecht, S. 93 ff.; S. 107, 110 ff.; BAG v. 9.9.82, ZIP 1983, S. 488.

2) Vgl. Nachweise oben

3) Mayer-Maly ZfA 72, 23; Nikisch Bd. I, S. 243; Heinze ZfA 76, 188.

4) Vgl. Hueck/Nipperdey Bd. I, S. 522 (FN 77); Gamillscheg-Hanau, Die Haftung des Arbeitnehmers, S. 23 jew. m.w.N. BGH 8, 330.

bbb) Neue Eingliederungstheorie

Soweit zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses zwischen Entleiher und Arbeitnehmer mehr oder weniger deutlich auf die Eingliederungstheorie zurückgegriffen wird¹⁾, ist dies abzulehnen, da unserem Zivilrecht die Ableitung einer Rechtsstellung und damit von zugeordneten Rechten und Pflichten aufgrund tatsächlichen Verhaltens grundsätzlich fremd ist²⁾.

ccc) Doppelarbeitsverhältnis

Um dem sozialen Schutzbedürfnis der Arbeitnehmer auch im Verhältnis zum Entleiher gerecht zu werden, unter dessen arbeitsrechtlicher Weisungsbefugnis sie ja auch arbeiten, wird verschiedentlich die Annahme eines Doppelarbeitsverhältnisses sowohl zum Entsendeunternehmen als auch zum aufnehmenden Unternehmen vorgeschlagen³⁾. Doch auch dieser Lösungsversuch wird dem Phänomen des Arbeitnehmersaustauschs in einem Konzern nicht gerecht. Denn dann hätte der Arbeitnehmer zwei verschiedene Arbeitsvertragspartner, zwei verschiedene Verträge mit jeweils selbständigen Rechten und Pflichten⁴⁾. Dies würde aber nicht nur im Falle einer kurzfristigen Überlassung des Arbeitnehmers zur Arbeitsleistung in einem fremden Unternehmen dem erklärten Willen der Parteien widersprechen. Auf diesen Willen kommt es aber mangels einer ausdrücklichen Willensäußerung entscheidend an, um das Verhalten der Beteiligten richtig beurteilen zu können. Auch im Falle einer längerfristigen Überlassung wird der Arbeitnehmer durch ein Doppelarbeitsverhältnis beiden Arbeitgebern zur gleichen

1) BGHZ 21, 207 ff.; BVerfGE 21, 261 ff.; vgl. auch die Nachweise bei Mayer-Maly ZfA 72, 7 ff., 16.

2) Vgl. oben Kap. 4 B I 1; dies schließt ihre Anwendbarkeit im Bereich des Betriebsverfassungsrechts nicht aus, da hier von anderen Ansatzpunkten auszugehen ist: vgl. Zeuner, FS Hilger/Stumpf, S. 773.

3) Mayer-Maly, ZfA 72, 23 ff.; Hessel, BB 70, S. 308.

4) Henssler, S. 60 f.

Zeit zur Arbeitsleistung verpflichtet. Die Unmöglichkeit einer derartigen Verpflichtung wird aber jedem vernünftigen Arbeitnehmer offenbar sein, so daß man ihm nicht unterstellen kann, er wolle sich hierzu verpflichten. Daran ändert auch nichts die - fiktive - Vereinbarung, daß ein Arbeitsverhältnis ruhen solle, so daß dem Anspruch auf Arbeitsleistung der Einwand des ruhenden Arbeitsverhältnisses entgegengesetzt werden könnte¹⁾. Denn auch dies setzt grundsätzlich eine Doppelverpflichtung voraus, die man nicht ohne weiteres unterstellen kann, wenn der Arbeitnehmer im Rahmen seines Arbeitsverhältnisses auch zur Arbeitsleistung bei fremden Konzernunternehmen herangezogen wird.

Zudem würde die Annahme eines Doppelarbeitsverhältnisses dem Willen der beteiligten Konzernunternehmen diametral entgegenlaufen, so daß die Annahme eines Doppelarbeitsverhältnisses zur Fiktion wird. Denn dann könnte die Arbeitskraft im Konzern gerade nicht wie in einer Wirtschaftseinheit genutzt werden, da ein Austausch nur bei vollständiger und eigenständiger Verpflichtung der aufnehmenden Konzernunternehmen, deren vorübergehender Arbeitskräftebedarf in wirtschaftlicher Weise gedeckt werden sollte, möglich wäre. Die Konzernunternehmen stünden sich dann besser, ein Arbeitsverhältnis zu kündigen und zugleich den Abschluß eines neuen bei einem anderen Konzernunternehmen anzubieten. Da in einem solchen Fall ein Übernahmeangebot vorläge, wäre die Kündigung selbst dann sozial gerechtfertigt, wenn man einen konzerndimensionalen Kündigungsschutz annehmen wollte²⁾. Dieses Ergebnis würde somit auch ersichtlich dem Arbeitnehmerwillen widersprechen.

1) Vgl. Albrecht, S. 76; Knigge, S. 5.

2) Vgl. BAG AP Nr. 3 zu § 1 KSchG 1969; Martens BAG-FS, S. 377; ausdrücklich ablehnend gegenüber einer konzernbezogenen Ausweitung des KSchG jetzt: BAG v. 14.10.82, DB 83, 2635.

ddd) Partielle Vertragsübernahme

Deshalb wird versucht, die der bereits genannten älteren Rechtsprechung zugrunde liegende Erkenntnis, daß die Grundlage des Tätigwerdens des "Leiharbeitnehmers" dessen Arbeitsvertrag mit dem "Entleiher" ist, dadurch fruchtbar zu machen, daß man die Funktionsverteilung auf der Arbeitgeberseite zum Ansatzpunkt rechtlicher Lösungsversuche macht. Müllner¹⁾ spaltet den Arbeitgeberbegriff auf und erklärt diese Aufspaltung mit einer partiellen Vertragsübernahme durch den Entleiher. Diese Konstruktion vermag jedoch nicht voll zu überzeugen. Zwar legt Müllner überzeugend dar, daß die Funktionen der Arbeitgeberseite in diesem Fall aufgeteilt sind, es aber dem Willen der Beteiligten gerade nicht entspricht, daß sich damit auch die Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis verdoppeln²⁾.

Diesem Sachverhalt wird er aber durch die Annahme einer partiellen Vertragsübernahme nicht gerecht. Denn hierdurch tritt - wenn auch nur hinsichtlich einzelner Rechte und Pflichten - ein Parteiwechsel ein. Es soll zwar ein einheitliches Arbeitsverhältnis vorliegen, auf der Arbeitgeberseite sollen aber Rechte und Pflichten auf verschiedene Personen verteilt sein. Dies entspricht aber nicht dem erklärten Parteiwillen. Denn der verleihende Arbeitgeber soll zwar für die Zeit der Arbeitsleistung bei dem Entleiher weder ein Recht auf die Arbeitsleistung haben noch zur umfassenden Ausübung des Direktionsrechts berechtigt sein. Dies bedeutet aber nicht, daß er aus dieser Rechtsstellung völlig entlassen wäre. Vielmehr entspricht es gerade dem Willen der Beteiligten, daß die Vertragspflichten des Verleihers wieder aufleben, wenn die Beschäftigung beim Entleiher beendet ist. Eine partielle Vertragsübernahme setzte demgegenüber voraus, daß

1) Müllner, a.a.O., S. 60 ff.

2) Ebenda, S. 56 ff.; vgl. auch Konzen, ZfA 1982, S. 296 f.; Henssler, S. 60 f., insbes. S. 70 ff.

die übertragenen Vertragspflichten nach Beendigung der Leihstätigkeit wieder zurückübertragen wird, ein Vorgang, der weder tatsächlich noch rechtlich stattfindet¹⁾. Eine "Anwachsung" ist aber rechtlich nicht vorgesehen, so daß es jeweils eines besonderen Übertragungsaktes bedarf. Das Arbeitsverhältnis zum "Stammunternehmen" soll somit gerade nicht - auch nicht teilweise - gelöst sein. Der Arbeitnehmer unterwirft sich der Weisungsmacht des Entleihers nur, weil er sich hierzu dem verleihenden Arbeitgeber gegenüber vertraglich verpflichtet hat²⁾ und sich gerade deshalb auch weiterhin mit diesem vertraglich verbunden weiß. Dem wird aber ein teilweiser Vertragsübergang nicht gerecht³⁾. Zudem würde diese Annahme zu einer Aufsplitterung des Arbeitsverhältnisses in eine Unzahl einzelner Rechte und Pflichten führen, bei denen jeweils zu prüfen wäre, ob eine Übernahme erfolgt oder nicht. Dies wäre mit dem Gebot der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit aber nicht mehr vereinbar.

eee) Vertragsbeitritt

Die Arbeitnehmerüberlassung im Konzern läßt sich auch nicht generell mit der Figur des befristeten Vertragsbeitritts lösen⁴⁾. Zwar ist der Vertragsbeitritt mittlerweile von Literatur und Rechtsprechung als eigenständiges Instrument privatautonomer Vertragsgestaltung anerkannt⁵⁾,

1) Vgl. Birk, Leitungsmacht, S. 185; Heinze ZfA 76, 200.

2) Die arbeitsrechtliche Leitungsmacht allein berechtigt den Arbeitgeber nicht zu einer Verleihung des Arbeitnehmers; vgl. Hueck/Nipperdey, Bd. I, S. 215; Knigge, S. 4 m.w.N.

3) Vgl. auch Konzen, ZfA 82, S. 283 (FN 171).

4) Vgl. hierzu grundlegend Pieper, S. 111 ff.; Fabricius, JZ 67, 144 ff.; in bezug auf das Leiharbeitsverhältnis: Schnorr v. Carolsfeld, Arbeitsrecht, S. 24; Heinze ZfA 76, S. 203 ff.

5) Vgl. Esser/Schmidt, Schuldrecht, Bd. I, Teilbd. 2, S. 268; Larenz, Schuldrecht, Bd. I, S. 500; Fikentscher, Schuldrecht, S. 331 f.; RGR-Kommentar, BGB, Anm. 12 vor § 398; Palandt-Heinrichs, BGB, § 398, Anm. 4; BAG DB 1975, 309; DB 1982, 1569.

jedoch ist er nicht geeignet, das Spannungsverhältnis zwischen dem sozialen Schutzbedürfnis der Arbeitnehmer und dem dem "Prinzip der Vielheit im Konzern" entspringenden Flexibilitätsbedürfnis der Konzernunternehmen gerecht zu werden. Denn durch einen (befristeten) Vertragsbeitritt wird der Beitretende Vertragspartner mit allen Rechten und Pflichten aus dem Vertragsverhältnis¹⁾.

Hierdurch wird zwar die "juristische" Identität des Vertragsverhältnisses erhalten²⁾, da sich die Rechtsstellung des Beitretenden nach dem bereits bestehenden Rechtsverhältnis richtet. Diese umfassende Verpflichtung des Entleihers steht aber regelmäßig in direktem Widerspruch zum erklärten Willen aller Beteiligten³⁾.

Auch im qualifizierten Unterordnungskonzern kann nicht generell von einer Einstandspflicht der herrschenden Gesellschaft für die Verbindlichkeit der Töchter ausgegangen werden. Vielmehr ist auch hier eine entsprechende Willenserklärung erforderlich, um einen Vertragsbeitritt, Bürgschafts- oder Garantieerklärung der Muttergesellschaft annehmen zu können. Die durch die Konzernierung erstrebte rechtliche Vielheit steht einer solchen Vermutung grundsätzlich entgegen⁴⁾. Dies gilt umgekehrt auch für die Verpflichtungserklärungen der Töchter für Verbindlichkeiten der Mütter. So ist es gerade Sinn und Zweck der Überlassung von Arbeitnehmern im Konzern, die produktiven Kräfte der einzelnen Unternehmen unter Aufrechterhaltung ihrer rechtlichen Selbständigkeit wirtschaftlich voll ausnützen zu können. Die konzernrechtliche Verflechtung bietet gerade die Möglichkeit, hoch-

1) Esser/Schmidt, a.a.O., S. 268; Pieper, a.a.O., S. 217.

2) Larenz Schuldrecht I, S. 500; Pieper, a.a.O., S. 107; Heinze, ZfA 76, 202; BAG DB 73, 925.

3) Dies vernachlässigt Henssler, S. 60: dennoch einen entsprechenden Parteiwillen unterstellen zu wollen, ist Fiktion.

4) Vgl. Rehbindner, Konzernaußenrecht, S. 296 ff.

spezialisiertes Personal nur bei einer Gesellschaft einzustellen und bei Bedarf auch an andere Gesellschaften auszuleihen¹⁾. Nur sie bietet auch die Möglichkeit, einen vorübergehenden Arbeitskräftebedarf durch Umverteilung innerhalb des Konzerns zumindest teilweise auszugleichen. Diese Interessenlage tritt potenziert zu Tage, wo innerhalb des Konzerns eine Personalgesellschaft besteht, die ihre Arbeitnehmer je nach Bedarf den einzelnen Konzernunternehmen überläßt. Dies wäre überflüssig, wenn das ausleihende Unternehmen mittels Vertragsbeitritt für die Zeit der Beschäftigung gleichberechtigter und -verpflichteter Arbeitsvertragspartner würde²⁾. Denn dann wäre die zusätzliche Einrichtung einer Personalgesellschaft ein überflüssiger Luxus, da die jeweilige Konzerngesellschaft die benötigten Arbeitnehmer auch gleich selbst einstellen könnte. Dies hätte dann sogar den Vorteil, die Arbeitskräfte auch sofort zur Hand zu haben.

Zwar mag umgekehrt der betroffene Arbeitnehmer unter Umständen durchaus ein Interesse an einem befristeten Vertragsbeitritt eines weiteren Konzernunternehmens, bei dem er arbeitet, haben. Denn dadurch erhält er für seine sämtlichen Ansprüche aus dem Arbeitsvertrag einen zusätzlichen Schuldner, der zumindest für die während der Beschäftigungszeit entstandenen Ansprüche gesamtschuldnerisch mit dem Entleiher gem. § 421 BGB haftet³⁾. Ein einseitiges Interesse eines Vertragspartners allein vermag aber noch nicht den Inhalt eines Schuldverhältnisses zu ändern.

Widerspricht der Annahme eines befristeten Vertragsbeitritts im Regelfall schon der Wille der Beteiligten, so lassen sich um so weniger rechtserhebliche Willensäuße-

1) Vgl. den bei Roderich Wahsner, Gutachten, unter 1.2.3 geschilderten Sachverhalt.

2) Insofern inkonsequent: Henssler, S. 68 f., wenn er eine Lohnzahlungspflicht für Betriebsführungsgesellschaften verneint.

3) BAG DB 1982, S. 1572; Heinze, a.a.O., S. 209 m.w.N.

rungen feststellen. Der Entleiher will gerade nicht Partner des Arbeitsvertrages zwischen Verleiher und Arbeitnehmer werden, sondern sich durch eine Vereinbarung mit dem Verleiher lediglich der Arbeitskraft des Arbeitnehmers versichern. Deshalb gibt er auch kein entsprechendes Angebot an den Arbeitnehmer ab, das dieser mit der Arbeitsaufnahme konkludent annehmen könnte. Vielmehr erklärt der Arbeitnehmer mit der Arbeitsaufnahme in dem fremden Unternehmen lediglich seine Zustimmung gem. § 613 S. 2 BGB. Diese wirkt aber nur im Verhältnis zwischen ihm und dem Verleiher. Er erfüllt mit der Arbeitsleistung beim Entleiher lediglich seine Pflichten aus dem Arbeitsvertrag mit dem Verleiher. Im Einzelfall, etwa bei einer entsprechenden Erklärungshandlung des entleihenden Unternehmens, mag die Vertragsauslegung etwas anderes ergeben. Doch im Regelfall ist es eine schlichte Unterstellung, daß das Konzernunternehmen, das einen Arbeitnehmer von vornherein nur auf Zeit ausleihen will, für diese Zeit vollinhaltlicher Arbeitsvertragspartner werden will¹⁾.

Eine solche Fiktion würde letztlich auch der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit im Arbeitsverhältnis zuwiderlaufen, da bei der rechtstatsächlich feststellbaren verstärkten Arbeitnehmermobilität²⁾ im Konzern schließlich nicht mehr sicher wäre, wer für welche Ansprüche haftet ..

fff) Gesetzliches Schutzverhältnis

Demgegenüber wird in neuerer Zeit wiederholt versucht, das Problem arbeitsrechtlicher Drittbeziehungen im Konzern durch die Anwendung der Lehre vom "gesetzlichen

1) Martens, BAG-FS, S. 375; Henssler, S. 60 ff.

2) Vgl. allgemein zur Arbeitnehmermobilität: Binder, ZfA 78, S. 75 ff.

Schutzverhältnis"¹⁾ zu lösen²⁾. Nach dieser Lehre sind die Schutzpflichten, die das Interesse am Bestand des Vermögens und am Bestand der Rechtsgüter betreffen, von dem vertraglichen Erfüllungsinteresse zu unterscheiden³⁾. Diese Pflichten seien zwar in Entstehung und Inhalt mit vorvertraglichen Schutzpflichten identisch, sie seien jedoch von diesen zu trennen und bestünden auch nach Zustandekommen des Vertragsverhältnisses fort⁴⁾. Dies zeige sich insbesondere daran, daß derartige Schutzpflichten auch bei nichtigen Verträgen gegeben seien⁵⁾.

Hieraus läßt sich jedoch eine Arbeitgeberstellung des entleihenden Konzernunternehmens nicht herleiten. Denn auch Schutzpflichten sind vertragliche Pflichten, wenn auch keine Leistungs-, sondern "weitere Verhaltenspflichten"⁶⁾. Grundlage dieser Pflichten ist ein durch die Inanspruchnahme von Vertrauen⁷⁾ begründetes "Schuldverhältnis" ohne (primäre) Leistungspflicht⁸⁾. Mit Zustandekommen des beabsichtigten Vertrages geht es in diesem auf⁹⁾. In dem Vertrauen der Geschäftspartner auf das Zustandekommen der vertraglichen Vereinbarung ist der Haftungsgrund zu sehen, nicht dagegen in ihrer realen Einflußmöglichkeit auf das Vermögen des anderen Teils¹⁰⁾. Denn diese räumen sie jenen nur ein, weil sie auf das Zustandekom-

1) Vgl. hierzu: Canaris, JZ 1965, 475; ders. Vertrauenshaftung, 538 f.; Gerhardts JuS 1970, S. 597; Soergel/Knopp, BGB, § 242, Rdnr. 152; MüKo/Roth, § 242 BGB, Rdnr. 180 ff.; Krit.: Palandt/Heinrichs, § 276 BGB, Anm. 7 a bb.

2) Henssler, S. 77 ff.; Konzen, ZfA 1982, 285 ff.; ders. RdA 84, S. 73 ff.; so wohl auch Martens, BAG-FS, S. 373.

3) Canaris, JZ 65, 477.

4) Ebenda.

5) Konzen, ZfA 82, 285.

6) Larenz BT I, § 10; Medicus, Bürgerl. Recht, Rdnr. 203, 208 f.

7) Canaris, JZ 65, 475.

8) Larenz BT I, § 2 I S. 12; Canaris, a.a.O., S. 475.

9) Larenz BT I, § 9 II S. 102 f.

10) Medicus, Bürgerl. Recht, Rdnr. 203; a.A.: Henssler, S. 78 f.

men einer vertraglichen Vereinbarung, in der sie sich genügend abgesichert sehen, vertrauen¹⁾. Der bloße soziale Kontakt ist dagegen als Anknüpfungspunkt ungeeignet²⁾.

Übertragen auf den Konzern bedeutet dies, daß eine originäre rechtliche Beziehung zwischen dem Arbeitnehmer und den entleihenden Konzernunternehmen in der Regel nicht zustandekommt. Diese wollen gerade keine vertraglichen Vereinbarungen eingehen. Deshalb fehlt es auch an einem Tatbestand, an den eine Vertrauens Erwartung anknüpfen könnte.

Hiervon zu unterscheiden ist die andere Frage, ob die Übernahme der Konzerngesellschaft aus ihrem sonstigen Verhalten heraus einen ihr zurechenbaren Vertrauenstatbestand schafft, an dem sie sich festhalten lassen muß. Ein solcher kann aber nur Schadensersatzansprüche, aber keine primären Erfüllungsansprüche begründen³⁾. Denn nur die Willenserklärung führt zu untauglichen Primäransprüchen auf Erfüllung. Diese wird aber durch den Vertrauens-tatbestand nicht ersetzt.

ggg) Entleiher als "Arbeitgeber" aus abgeleitetem Recht

Um dem sozialen Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers gerecht zu werden, bedarf es weder einer gekünstelten Konstruktion eines Arbeitsvertrages zwischen Entleiher und Arbeitnehmer noch der Annahme eines gesetzlichen Schutz-Pflicht-verhältnisses.

Auszugehen ist von der Erkenntnis, daß nach dem übereinstimmenden Willen aller Beteiligten der Arbeitsvertrag

1) Canaris JZ 65, 475.

2) Larenz, MDR 1954, 515, 517.

3) Larenz AT § 33 I a; Canaris, Vertrauenshaftung, S. 48 ff.; Flume, Rechtsgeschäft, § 49, 3, 4; a.A. Henssler, S. 44 m.w.N.

zwischen Verleiher und Arbeitnehmer aufrechterhalten werden soll und es der Sinn der Arbeitnehmerüberlassung gerade ist, dem Entleiher die Arbeitskraft des Arbeitnehmers zur Verfügung zu stellen, ohne daß dieser in arbeitsvertragliche Beziehungen zum Arbeitnehmer tritt. Hieraus folgert die herrschende Lehre¹⁾, daß mangels eines entsprechenden Vertragsschlusses kein Arbeitsvertrag zwischen Entleiher und Arbeitnehmer geschlossen wird, sich die Rechte und Pflichten im Verhältnis zwischen diesen beiden vielmehr aus dem zwischen Ver- und Entleiher bestehenden Dienstverschaffungsvertrag ergeben. Dieser wird teils als Vertrag zugunsten Dritter²⁾, teils als Abtretungs- und Schuldübernahmevertrag³⁾ aufgefaßt, teils wird ein gesetzliches, vertragsähnliches Schuldverhältnis zwischen Entleiher und Arbeitnehmer angenommen⁴⁾.

Dem ist im Grundsatz zuzustimmen.

Denn wie bereits aufgezeigt wurde, wollen weder Verleiher noch Entleiher einen zusätzlichen Arbeitsvertrag mit dem Arbeitnehmer abschließen noch einen Vertragsbeitritt des Entleihers zu dem existierenden Arbeitsvertrag. Sinn und Zweck der Arbeitnehmerüberlassung ist es vielmehr, die vorhandene Arbeitskraft im Konzern zu nutzen, ohne daß zusätzliche vertragliche Bindungen eingegangen werden. Die soziale Absicherung des Arbeitnehmers durch den Arbeitsvertrag mit dem Verleiher wird von allen Beteiligten als ausreichend empfunden. Maßgebend für die Arbeitsbedingungen beim Entleiher sind die Bestimmungen des Arbeitsvertrages mit dem Verleiher, ohne daß es darauf ankommt, wer im konkreten Fall die Lohnzahlung übernommen

1) Vgl. die Nachweise bei Mayer-Maly, ZfA 72, S. 23; ferner Bobrowski-Gaul, S. 105; Trieschmann, S. 2; Schaub, Handbuch, § 120 IV 1; Hanau-Adomeit, F II2, jew. m.w.N.

2) Daimer, S. 77 ff.; Birk, Leitungsmacht, S. 186.

3) Hueck/Nipperdey, Bd. I, S. 523; Theuersbacher, S. 46 f.; Endemann, BB 1951, S. 786.

4) Vgl. zuvor fff).

hat. Die Arbeitnehmer in den großen Konzernen sind sich in der Regel sehr wohl der Tatsache bewußt, daß ihr Arbeitgeber nur ihr jeweiliges Konzernunternehmen, nicht aber der Konzern oder die Muttergesellschaft ist. Sie fühlen sich auch im Falle einer Leih­tätigkeit in einem anderen Konzernunternehmen weiterhin mit ihrem "Stammunternehmen" verbunden¹⁾.

Selbst wenn aber ein Arbeitnehmer eine arbeitsvertragliche Beziehung mit dem Entleiher erstrebt, so ist dies allein nicht geeignet, ein Schuldverhältnis zu begründen. Daran ändert auch die allgemeine Feststellung nichts, daß das Arbeitsrecht dem besonderen sozialen Schutzbedürfnis der Arbeitnehmer Rechnung zu tragen habe²⁾. Denn diesem Schutzbedürfnis kann auch durch Anwendung allgemeiner zivilrechtlicher Grundsätze Rechnung getragen werden. Das Arbeitsrecht sollte sich aber nicht weiter als unbedingt nötig von dem allgemeinen Zivilrecht entfernen³⁾.

Auch soweit die rechtliche Begründung dieses Ergebnisses angegriffen wird⁴⁾, vermag dies nur zum Teil zu überzeugen. Zwar ist die Feststellung richtig, daß auch der Entleiher in den Genuß der vertraglichen Nebenpflichten des Arbeitnehmers aus dem Arbeitsverhältnis kommen will, insbesondere in den Genuß der Haftungsfreistellung gem. §§ 636, 637 RVO; umgekehrt erwartet der Arbeitnehmer, auch im Verhältnis zum Entleiher ebenso aus dem Arbeitsvertrag heraus geschützt zu sein wie wenn er unter der Weisung des Verleihers arbeitete. Jedoch setzt diese Feststellung nicht zwingend die Annahme einer vertraglichen Beziehung zwischen Entleiher und Arbeitnehmer voraus.

1) Vgl. etwa die Terminologie in den Konzernbetriebsvereinbarungen des Unilever-Konzerns, abgedr. bei Wetzling, Anlage 5.

2) So aber Henssler, S. 55 ff.; Konzen ZfA 82, S. 289 ff.

3) Hanau/Adomeit, E 10; Söllner, ArbeitsR, S. 216.

4) Z.B. Heinze ZfA 76, S. 190 ff. m.w.N.

Soweit jedoch versucht wird, das Verhältnis der beteiligten Parteien mit der Konstruktion der Abtretung der Rechte aus dem Arbeitsvertrag in Verbindung mit einer Schuldübernahme gem. § 415 BGB zu erklären¹⁾, vermag dies nicht zu überzeugen. Die Arbeitgeberstellung ist die Stellung im Rechtsverhältnis und wird nicht nur durch Ansprüche, sondern auch durch Rechte und Rechtslagen gekennzeichnet.

§ 398 BGB regelt in erster Linie jedoch nur die Übertragung von subjektiven Rechten, nicht aber die Übertragung ganzer Schuldverhältnisse. Wollte man eine Übertragung der Rechte aus dem Arbeitsvertrag auf den Entleiher annehmen, so stellte dies eher eine Teilrechtsnachfolge dar²⁾.

Zudem bewirkte eine Abtretung der Rechte aus dem Arbeitsvertrag insoweit ein Ausscheiden des Verleihers aus dem Arbeitsvertrag; dies ist jedoch von den Parteien gerade nicht gewollt³⁾. Denn ebensowenig, wie der Arbeitnehmer seinen Arbeitsvertragspartner aufgeben will, will die aufnehmende Gesellschaft alleiniger Arbeitsvertragspartner werden. Das Arbeitsverhältnis zum Verleiher soll vielmehr nach dem Willen der Parteien vollkommen erhalten bleiben. Nur einzelne Rechte und Pflichten aus diesem Verhältnis sollen ruhen, da sie - in beiderseitigem Einverständnis - im Verhältnis zu einem Dritten erfüllt werden.

Dies bedeutet aber nicht, daß der Verleiher diese Rechtsposition aufgeben will⁴⁾.

Dagegen läßt sich das Rechtsverhältnis aller Beteiligten zwanglos mit Hilfe des Vertrages zugunsten Dritter gem.

1) Hueck/Nipperdey Bd. I, S. 523; Theuersbacher, S. 46 f.; Endemann, BB 1951, S. 786.

2) Vgl. Müllner, S. 61 f.; Heinze, a.a.O., S. 199; ähnlich auch Hueck/Nipperdey, Bd. I, S. 523.

3) Müllner, S. 62; Heinze, a.a.O., S. 200; Hueck/Nipperdey, Bd. I, S. 523.

4) Vgl. oben unter ddd).

§ 328 BGB erklären¹⁾. Die hiergegen vorgebrachten Bedenken greifen nur zum Teil durch. Denn der erklärte Wille der beteiligten Konzernunternehmen geht dahin, daß das verleihende Unternehmen dem entleihenden die Arbeitskraft eines seiner Arbeitnehmer verschafft.

Der Entleiher soll befugt sein, die Rechte aus dem zwischen dem Verleiher und dem Arbeitnehmer bestehenden Arbeitsvertrag auszuüben. Dies stellt keine Abtretung der Rechte aus dem Arbeitsvertrag dar, sondern lediglich eine Ausübungsermächtigung, so daß der Entleiher lediglich die Rechte des Verleihers aus dem Arbeitsvertrag besitzt²⁾. Gleichzeitig verpflichtet er sich dem Verleiher gegenüber, die diesem aus dem Arbeitsvertrag obliegenden Pflichten - soweit nichts Gegenteiliges vereinbart wird, z.B. hinsichtlich der Lohnzahlungspflicht - dem Arbeitnehmer gegenüber wahrzunehmen. Hierbei soll dieser einen unmittelbaren Anspruch gegen den Entleiher auf Erfüllung dieser Vertragspflichten haben.

Hierin ist der drittbegünstigende Charakter des Dienstverschaffungsvertrages zu sehen. Den Entleiher treffen somit ebenfalls Fürsorgepflicht, Aufklärungs- und Sorgfaltspflicht aus dem Arbeitsverhältnis, ohne daß der Verleiher aus dieser Pflichtenstellung entlassen wäre³⁾.

Deshalb ist es auch gerechtfertigt, den Entleiher in den Genuß der Haftungsfreistellung gem. §§ 636, 637 RVO kommen zu lassen, da der Arbeitnehmer bei dem Entleiher "beschäftigt" ist. Denn für die Frage der unfallversicherungsrechtlichen Zuordnung eines Arbeitnehmers zum Betrieb eines Dritten im Sinne der §§ 636, 637 RVO reicht

1) Daimler, a.a.O., S. 77 ff.; Birk, Leitungsmacht, S. 186; krit.: Konzen, ZfA 82, 284.

2) Vgl. hierzu Larenz, BT I, S. 180, 200 sowie S. 483; Esser/Schmidt, Schuldrecht, Bd. I, 2. Halbbd., § 37 I 5.3; BGHZ 4, 153, 164 ff. sowie jetzt auch: BAG ZIP 1983, S. 487.

3) Vgl. die Nachweise bei Hueck/Nipperdey, Bd. I, S. 524 ff.; Nikisch, Bd. I, S. 243, Mittmann, S. 83.

es aus, daß der Arbeitnehmer für den Dritten ähnlich wie ein Arbeitnehmer des Dritten tätig geworden ist und diese Tätigkeit in die betriebliche Sphäre des Dritten fiel. Das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses im arbeitsrechtlichen Sinn ist nicht erforderlich¹⁾. Damit erschöpfen sich aber die Absprachen der Beteiligten anlässlich der Arbeitnehmerüberlassung nicht. Denn ansonsten ließe sich nicht erklären, weshalb auch der Arbeitnehmer dem Entleiher gegenüber zur Erfüllung seiner arbeitsvertraglichen Pflichten verpflichtet ist. Dies könnte nämlich durch den Dienstverschaffungsvertrag nicht geklärt werden, da an ihm der Arbeitnehmer ja gerade nicht beteiligt ist, ein Vertrag zu Lasten Dritter aber rechtlich unzulässig ist. Indem der Arbeitnehmer aber - zumindest konkludent durch die Arbeitsaufnahme beim Entleiher - dem Verleiher gegenüber sein Einverständnis gem. § 613 S. 2 BGB erklärt, verpflichtet er sich seinem Arbeitsvertragspartner gegenüber, seine Arbeitsvertragspflichten auch dem Dritten gegenüber ordnungsgemäß zu erbringen. Denn durch die Arbeitsleistung bei dem Dritten erfüllt der Arbeitnehmer seine Dienstleistungspflicht aus dem Arbeitsvertrag²⁾. Er ist dem Verleiher gegenüber zur sorgfältigen Arbeitsleistung verpflichtet. Da er sich mit seiner Einwilligung mit der Ausübung der Rechte aus dem Arbeitsvertrag durch einen Dritten einverstanden erklärt, ist ihm bewußt, daß er die ihm obliegende Arbeitsleistung auch primär dem Dritten zu erbringen hat.

Sein Einverständnis hiermit läßt somit den Schluß zu, er werde die ihm obliegenden Vertragspflichten auch dem Dritten gegenüber erfüllen. Dieser soll hierauf einen unmittelbaren Erfüllungsanspruch erhalten als Pendant zu den drittbegünstigenden Vereinbarungen im Dienstverschaf-

1) BGH VRS 63 (1982), S. 172; BGH NJW 1983, S. 999;
Gamillscheg-Hanau, a.a.O., S. 46 ff.

2) Larenz, BT I, S. 200.

fungsvertrag. Mit der Einverständniserklärung des Arbeitnehmers erhält der Dritte somit einen unmittelbaren Anspruch gem. § 328 BGB auf die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers. Da die entsprechende Erklärung aber dem Arbeitsvertragspartner gegenüber erfolgt, wird dadurch lediglich das bestehende Arbeitsverhältnis teilweise geändert. Dies entspricht auch dem allseitigen Willen der Beteiligten: Arbeitnehmer und entleihendes Konzernunternehmen werden nicht durch einen Arbeitsvertrag miteinander verbunden, ohne daß dadurch die berechtigten Interessen und Schutzbedürfnisse beider Seiten beeinträchtigt werden. Die beabsichtigte wirtschaftliche und optimale Nutzung aller Arbeitskräfte im Konzern bleibt möglich, ohne daß das soziale Schutzbedürfnis der Arbeitnehmer benachteiligt würde. Aus diesem Grunde scheidet eine arbeitsrechtliche Durchgriffshaftung i.d.R. aus¹⁾. Denn es ist nicht einzusehen, weshalb der erklärte Wille der Beteiligten negiert werden soll, wenn die Interessenlage auch durch einverständliche Vereinbarungen zufriedenstellend geregelt werden kann. Es erscheint der Systematik des BGB angemessener zu sein, den Parteien zuzugestehen, durch einander überschneidende Vertragsgestaltungen ihre Rechtsbeziehungen zu gestalten, als die Rechtsbeziehung Entleiher - Arbeitnehmer durch ein gesetzliches Schuldverhältnis ungewisser Herkunft regeln zu wollen²⁾.

Dieses Ergebnis wird sowohl dem kurzfristigen Austausch qualifizierter Arbeitskräfte in einem Unterordnungskonzern gerecht, als auch der langfristigen Überlassung durch eine konzernzugehörige Personalgesellschaft.

Die durch die Konzernierung erstrebte Flexibilität der wirtschaftlichen Einheit bleibt erhalten, ohne daß die betroffenen Arbeitnehmer in ihren Rechten beeinträchtigt

1) Teichmann, S. 78 ff.; Larenz, Methodenlehre, S. 354 ff.; bedenkld. daher Konzen, ZfA 82, S. 295 f.

2) So aber Martens, BAG-Festschrift, S. 373, 382 m.w.N.; ablehnend: BAG v. 14.10.82, DB 83, S. 2635 (2637) für das KSchG.

würden. In gleicher Weise steht der Arbeitsvertragspartner der Arbeitnehmer klar und sicher fest: sie wissen genau, an wen sie sich zu halten haben, ohne den Konzern zur Durchsetzung ihrer Ansprüche zunächst in seiner Verflechtung analysieren zu müssen. Sie sind dem Dritten nicht anders verpflichtet, als dem Arbeitsvertragspartner, da sich dessen Rechtsposition nur innerhalb des verleihenden Arbeitgebers bewegen kann. Durch die Erbringung der Arbeitsleistung beim Dritten erfüllen sie dem §§ 362 i.V.m. 185 BGB ihre Vertragspflichten. Sie stehen sich also nicht schlechter, als würden sie ihre Arbeit unmittelbar ihrem Vertragspartner gegenüber erbringen.

Etwas anderes ergibt sich auch in diesem Zusammenhang nicht aus der konzernrechtlichen Leitungsmacht. Denn wie schon oben¹⁾ dargelegt, ist diese streng vom arbeitsvertraglichen Direktionsrecht zu unterscheiden. Eine konzernrechtliche Weisung kann somit für einen Arbeitnehmer nur relevant werden, wenn die Konzerngesellschaft, mit der er durch Arbeitsvertrag verbunden ist, diese kraft ihres arbeitsrechtlichen Weisungsrechts an ihn weitergibt. Das arbeitsrechtliche Weisungsrecht umfaßt aber nicht die Befugnis des Arbeitgebers, einseitig den Arbeitnehmer zu weisungsgebundener Tätigkeit bei einem Dritten abzustellen. Vielmehr ist wegen § 613 S. 2 BGB stets die Zustimmung des Arbeitnehmers erforderlich²⁾.

Ohne seine Zustimmung kann der Arbeitnehmer also nicht innerhalb des Konzerns "versetzt" werden. Dieser Grundsatz gilt auch dann, wenn der Arbeitnehmer seine Zustimmung zu einem konzernweiten Einsatz schon bei Abschluß des Arbeitsvertrages erteilt hat.

Die rechtliche Situation des Arbeitnehmers im Konzern stellt sich somit nicht anders dar als die eines Arbeitnehmers in einem nicht konzernzugehörigen Unternehmen.

1) Kapitel 4, C III 2.

2) Hueck/Nipperdey, Bd. I, S. 215; Knigge, S. 4, m.w.N.; Schaub, Handbuch, § 45 III m.w.N.

Daß ein derartiges Begehren an einen Arbeitnehmer im Konzern unter Umständen häufiger und mit größerem Nachdruck herangetragen wird, mag einen faktischen Druck auf den Arbeitnehmer erzeugen. Daraus kann der Arbeitnehmer aber keine Rechtsfolgen zu seinen Gunsten herleiten. Denn die unternehmerische Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers ist in keiner Weise Gegenstand des Arbeitsvertrages geworden¹⁾. Nur sie wird jedoch durch die konzernrechtliche Leitungsmacht beschränkt. Dagegen ist der Arbeitnehmer grundsätzlich nicht vor Fremdeinflüssen auf die Entscheidungsfreiheit seines Arbeitgebers geschützt, die sich mittelbar auch auf sein Arbeitsverhältnis auswirken²⁾. Denn diese können außerhalb eines Konzerns ebenso stark sein, wenn nicht sogar stärker, als innerhalb eines Konzerns³⁾. Diese aus dem sozialen Umfeld des Arbeitsverhältnisses resultierenden tatsächlichen Einflüsse muß der Arbeitnehmer aber hinnehmen, da ihm zuzumuten ist, daß er die ihm zustehenden Rechte auch wahrnimmt. Dagegen ist es für das Arbeitsverhältnis ohne Bedeutung, ob die Arbeitnehmerüberlassung im Konzern entgeltlich erfolgt oder nicht. Denn dies berührt lediglich das konzernrechtliche Verhältnis der Parteien des Dienstvertragsverhältnisses.

Gerade in einer unentgeltlichen Überlassung läge ein besonderer Vorzug der wirtschaftlichen Flexibilität im Konzern, ohne daß daraus auf einen entsprechenden Vertragswillen der entleihenden Konzerngesellschaft geschlossen

1) So auch Martens, BAG-FS, S. 372; Birk, S. 185 ff.

2) Dies gilt selbst dann, wenn der Bestand des Arbeitsverhältnisses wirtschaftlich ausschließlich von der finanziellen Zuwendung eines Dritten abhängt: vgl. hierzu Plander, DB 1982, S. 1216 ff.

3) Vgl. etwa die Situation der selbständigen Zulieferunternehmen in der Automobilbranche: auch hier werden Arbeitnehmer zu Schulungen bei den Herstellerfirmen abgestellt. Die wirtschaftliche Abhängigkeit dieser Unternehmen ist oft prekärer als die von Konzernunternehmen; vgl. auch Konzen, ZfA 82, S. 288.

werden könnte¹⁾. Eine Aufspaltung des Arbeitgeberbegriffs ist somit nicht notwendig: Arbeitgeber ist und bleibt der Arbeitsvertragspartner, da der entleihende Dritte lediglich abgeleitete Rechte aus dem Arbeitsvertrag ausübt. Da mit dem Entleiher auch kein Arbeitsvertrag geschlossen ist, liegt auch kein einheitliches Arbeitsverhältnis vor. Der Entleiher ist demnach kein Arbeitgeber.

3. Einheitliches Arbeitsverhältnis

Anders ist dagegen in dem Fall zu entscheiden, in dem ein Arbeitnehmer gleichzeitig mit mehreren Konzerngesellschaften einen Arbeitsvertrag schließt oder im Nachhinein eine weitere Konzerngesellschaft am Arbeitsvertrag beteiligt wird. Da Sinn einer solchen Vertragsgestaltung ist, daß mehrere Personen sich der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers in der Weise versichern wollen, daß die getroffenen Vereinbarungen nur gemeinsam gelten und zusammen durchgeführt werden sollen²⁾, der Arbeitnehmer also mehreren Personen in gleicher Weise berechtigt wie verpflichtet sein soll, ist eine solche Vertragsgestaltung als einheitliches Arbeitsverhältnis zu qualifizieren³⁾. Denn es sollen nicht zwei verschiedene Verträge geschlossen werden, sondern ein Vertrag mit einer Personenmehrheit auf der einen Seite. Dann haben diese mehreren Vertragspartner auch die gleiche Rechtsstellung dem Arbeitnehmer gegenüber, sind also als Arbeitgeber anzusehen.

1) A.A. Martens, BAG-FS, S. 375; Henssler, 55 ff., 71 ff.

2) BAG DB 82, 1571 m.w.N.

3) BAG DB 75, 309; DB 82, 1570; BAG ZIP 1983, S. 487 ff.; einschränkend Henssler, S. 61, der nur die Rechtsstellung des Arbeitnehmers durch ein derartiges einheitliches Arbeitsverhältnis verbessert sehen möchte.

6. Kapitel: Der Konzern als "wirtschaftlicher" Arbeitgeber im BetrAVG?

Im folgenden ist nun zu untersuchen, ob nicht der Schutzzweck des BetrAVG dazu zwingt, von diesem allgemein gefundenen Ergebnis abzuweichen.

A. Methodische Vorüberlegungen

Zu diesem Zweck ist vorab noch einmal der Schutzzweck des Gesetzes im Zusammenhang mit der Konzernproblematik darzustellen.

Das BetrAVG ist aus der Überlegung entstanden, daß ein Arbeitnehmer, dem von seinem Arbeitgeber eine Versorgungszusage gemacht worden ist, in aller Regel nur einmal in seinem Leben die Chance hat, die Voraussetzungen für eine Betriebsrente zu erfüllen¹⁾.

1. Unverfallbarkeitsvoraussetzung

Da der Arbeitgeber die Versorgungszusage gerade deshalb gibt, um sich der langjährigen Tätigkeit des Arbeitnehmers bei ihm zu versichern, war die Versorgungszusage mit dem langjährigen Bestand des Arbeitsverhältnisses verknüpft. Endete das Arbeitsverhältnis aus irgendeinem Grund vor Eintritt dieser Voraussetzungen, so fiel die "Anwartschaft" auf eine Betriebsrente ersatzlos weg. Dem Arbeitnehmer nützte es aber nichts, daß ein anderer Arbeitgeber ihm ebenfalls eine Versorgungszusage geben

1) BAG vom 10.3.72, AP Nr. 156 zu § 242 BGB Ruhegehalt = DB 72, 1486 (1487, 1488); Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-DS 7/1281, S. 1; Bericht und Antrag des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung zum Regierungsentwurf eines BetrAVG, BT-DS 7/2843, S. 1.

konnte, da er in aller Regel die Voraussetzungen zum Erwerb dieser Betriebsrente nicht mehr erfüllen konnte. Dadurch war der Arbeitnehmer praktisch gehindert, seinen Arbeitgeber zu wechseln, während er andererseits im Falle des Konkurses seines Arbeitgebers nicht geschützt war. Diesem Mißstand wollte das BetrAVG in erster Linie abhelfen¹⁾.

Einerseits sollte dem Umstand Rechnung getragen werden, daß der Arbeitnehmer lange Zeit im Vertrauen auf eine spätere Versorgung dem Arbeitgeber gedient hatte und der Arbeitgeber die Zusage teils aus Anerkennung für bereits geleistete Dienste, teils als Ansporn für weitere Dienste gegeben hat. Sie stellt zwar kein Entgelt i.e.S. dar, da es dem Arbeitgeber grundsätzlich frei steht, ob er sie gibt oder nicht. Hat er sie aber gegeben, so geschieht das gerade wegen des bestehenden Arbeitsverhältnisses und um es zu festigen. Hat der Arbeitnehmer bereits einige Zeit dem Arbeitgeber gedient, so hat er damit einen Teil der Voraussetzungen der Betriebsrente erfüllt. Da er dies nicht beliebig wiederholen kann, stellt dies für ihn eine reale Vermögensposition dar, die das Gesetz in § 1 Abs. 1 BetrAVG anerkannt hat²⁾

Bei einem Wechsel im Konzern wäre somit grundsätzlich der Lauf der Frist des § 1 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BetrAVG unterbrochen.

1) Vgl. Bobrowski/Gaul, S. 495 (Rz 22, 24) m.w.N.; RegE BT-DS 7/1281, S. 1, BAG AP Nr. 1 zu § 7 BetrAVG.

2) Vgl. Schaub/Schusinski/Ströer, Altersvorsorge, S. 45 ff. m.w.N., BAG DB 72, 1488 f.; Bobrowski/Gaul, S. 495; Heubeck/Höhne BetrAVG, Einführung II, vor § 1 Anm. 1; Höfer, BetrAVG, Arbeitsrechtl. Grundriß, Anm. 11, 41, 48 ff. m.w.N.; Blomeyer, RdA 77, S. 6 m.w.N., zu der korrespondierenden Versorgungsfunktion: Blomeyer, FS Hilger/Stumpf, S. 44 ff. m.w.N.

2. Insolvenzschutz

Ein zweites Anliegen des Gesetzes war, diese Anwartschaften ebenso wie die Betriebsrenten selbst nach dem Versicherungsprinzip gegen die Insolvenz der jeweiligen Arbeitgeber zu schützen¹⁾. Geschützt werden sollten nicht die Arbeitgeber gegen die Wechselfälle ihrer wirtschaftlichen Existenz, sondern die Arbeitnehmer und Betriebsrentner gegen die Insolvenz ihrer Arbeitgeber²⁾. Denn durch die Insolvenzversicherung, die erst im späteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens in das BetrAVG eingefügt worden ist³⁾, sollte das Vertrauen der Arbeitnehmer in ihre Anwartschaften gefestigt werden.

Denn die betriebliche Altersversorgung kann die ihr zugeordnete sozialpolitische Aufgabe als dritte Säule der Altersversorgung nur erfüllen, wenn die erdienten Anwartschaften und die Betriebsrenten in ihrem Bestand gesichert sind⁴⁾. Solange die Betriebsrenten von der Zahlungsfähigkeit der Arbeitgeber abhängig bleiben, kann von einer Alterssicherung keine Rede sein. Damit anerkannte der Gesetzgeber aber gleichzeitig wiederum den Austauschcharakter der Versorgungszusage. Hat der Arbeitgeber eine Versorgungszusage gemacht und hat der Arbeitnehmer lange Zeit über dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft erbracht, dann stellt die Versorgungsanwartschaft nicht nur eine unbestimmte Vermögensaussicht dar, sondern eine Gegenleistung für erbrachte Dienste, mithin eine konkrete Vermögensposition. Dann erscheint es aber auch gerechtfertigt, dem Arbeitgeber aufzuerlegen, den Bestand dieser

-
- 1) Blomeyer, RdA 77, S. 9 f. m.w.N.; vgl. auch Merkblatt 300/M 4/4 79 des Pensionssicherungs-Vereins, ZIP 81, S. 441; BAG AP Nr. 1 zu § 7 BetrAVG.
 - 2) Vgl. Blomeyer, a.a.O., S. 7; Wiedemann RdA 1977, S. 16; Hommelhoff/Timm, KTS 81, S. 300.
 - 3) Wiedemann, a.a.O., S. 14 m.w.N.
 - 4) Vgl. RegE BT-DS S. 7)1281, S. 1; Ausschlußbericht BT-DS 7/2843, S. 1.

Vermögensposition auch für die Zukunft zu sichern¹⁾. Hieraus ergibt sich, daß das BetrAVG ein Arbeitnehmerschutzgesetz ist. Es will in erster Linie die rechtlichen Beziehungen, die hinsichtlich der im Zusammenhang mit dem Arbeitsvertrag gegebenen Versorgungszusage bestehen, im Verhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber regeln. Es will die auf dem Arbeitsvertrag basierende Rechtsposition des Arbeitnehmers dem Arbeitgeber gegenüber sichern, sofern dieser eine Versorgungszusage gemacht hat.

3. Inflationsschutz

Schließlich hat sich der Gesetzgeber im zweiten Anlauf²⁾ dafür entschieden, auch den Schutz laufender Versorgungsleistungen durch die schleichende Geldentwertung nicht allein der vorausschauenden Regelung durch die Beteiligten bzw. den Gerichten³⁾ zu überlassen, sondern ebenfalls zu kodifizieren. Zu diesem Zweck wurde dem Arbeitgeber in § 16 die Pflicht auferlegt, spätestens alle drei Jahre zu prüfen, ob seine wirtschaftliche Lage eine Anpassung der laufenden Leistungen an die geänderten gesamtwirtschaftlichen Verhältnisse zulasse.

Der Gesetzgeber wollte auf diese Weise sicherstellen, daß erdiente Ansprüche, für die die Gegenleistung bereits erbracht war, nicht durch die steigenden Lebenshaltungskosten entwertet würden.

Denn ansonsten wäre der Arbeitgeber einseitig bevorzugt, da der Arbeitnehmer insofern vorleistungspflichtig ist.

Andererseits normierte das Gesetz keine Anpassungsautomatik, um eine möglichst flexible und an den wirtschaft-

1) Vgl. BAG v. 8.12.81, DB 1982, S. 46 (48).

2) Vgl. Ausschlußbericht, BT-DS 7/2843, S. 4, 5.

3) Vgl. etwa die Leitentscheidungen BAG AP Nr. 4, 5, 6 zu § 242 BGB-Ruhegehalt - Geldentwertung.

lichen Gegebenheiten orientierte Lösung zu ermöglichen.

Die Vorschrift soll also den Schutz des Arbeitnehmers, der auf Grund seiner persönlichen Abhängigkeit nur bedingt für seine Zukunft vorsorgen kann, dadurch gewährleisten, daß auch bei fehlender vertraglicher Vereinbarung eine Anpassung der (zukünftig) geschuldeten Gegenleistung zumindest geprüft werden muß. Dadurch ist gleichzeitig der regelmäßig schwächeren Verhandlungsposition des Arbeitnehmers Rechnung getragen. Die Vorschrift stellt sich somit ebenfalls als Arbeitnehmerschutznorm dar¹⁾.

Übertragen auf den Konzernsachverhalt stellt sich bei der Verwirklichung dieses Normzwecks des BetrAVG die Frage, ob der Arbeitgeber i.S.d. § 16, der zu einer Anpassungsprüfung verpflichtet ist, das jeweilige Unternehmen ist, mit dem der Arbeitsvertrag geschlossen ist, oder ob der Gesamtkonzern bzw. die Konzernobergesellschaft als Arbeitgeber i.S. dieser Vorschrift anzusehen ist.

B. Konzern als wirtschaftliche Einheit im BetrAVG

Da das Betriebsrentengesetz sich als Bestandteil des Arbeitsvertragsrechts an Rechtssubjekte wendet, kann es, soweit es die Zugehörigkeit zu einer wirtschaftlichen Organisation zur Tatbestandsvoraussetzung seiner Normen macht, diese nur dann als Voraussetzung für den Eintritt einer Rechtsfolge machen, wenn dieses Rechtsobjekt dem Rechtssubjekt zugeordnet ist, an das sich die konkrete Norm wendet. Auch hier gilt grundsätzlich, daß die Reichweite des Unternehmens durch seinen Rechtsträger bestimmt wird²⁾.

-
- 1) Hommelhoff/Timm, KTS 81, S. 5 m.w.N.; BGH v. 28.4.80, NJW 80, S. 2254 (ablehnend gegenüber dem Gedanken der Vertragsimparität).
 - 2) Wiedemann, Lehrbuch, S. 85 ff., 106, 632 m.w.N.; Krit.: Rehbindner, Konzernaußenrecht, S. 57 m.w.N.

Nur wenn der Zweck des BetrAVG, den Arbeitnehmer zu schützen, beeinträchtigt würde, falls der Konzern nicht bei der Berechnung der Betriebszugehörigkeitsdauer als Einheit mit dem Arbeitgeber angesehen würde, ist es gerechtfertigt, den Konzernbegriff anders als in anderen Rechtsgebieten auszulegen.

Ansonsten verbietet es das Gebot der Rechtseinheit und der Rechtssicherheit, den Konzern als rechtlich relevante Einheit zu betrachten¹⁾.

I. Konzernbegriff im BetrAVG

Hier stellt sich zunächst die Frage, von welchem Konzernbegriff im BetrAVG auszugehen ist. Das BetrAVG gibt auf diese Frage selbst keine Antwort. Es trifft aber auch nicht, wie etwa § 8 BetrVG oder § 5 MitbestG, eine negative Abgrenzung in Richtung auf einen bestimmten Konzerntyp. Aus diesem Grunde ist zunächst einmal von dem umfassenden Konzernbegriff auszugehen, wie er bislang allein in § 18 AktG formuliert worden ist. Weiter ist aber zu prüfen, ob Sinn und Zweck des BetrAVG eine Einschränkung dieses Begriffs verlangen.

1. Unterordnungskonzern

Anhaltspunkte dafür, daß Sinn und Zweck des BetrAVG ähnlich dem BetrVG und dem MitbestG eine Einschränkung des umfassenden Konzernbegriffs auf den Unterordnungskonzern erfordern, lassen sich dem Gesetz selbst nicht entnehmen. Denn das BetrAVG dient der Regelung arbeitsvertraglicher Ansprüche. Diese sind aber im Unterordnungs- wie im Gleichordnungskonzern gleichermaßen im Verhältnis zu den ein-

1) Larenz, Methodenlehre, S. 333 f.; Zippelius, S. 59 ff.

zeln Konzerngliedern entstanden. Der Konzernsachverhalt kann sich aber in beiden Konzernarten auf die vertraglichen Ansprüche auswirken, indem die wirtschaftliche Grundlage des Vertragspartners im übergeordneten Konzerninteresse nachteilig beeinflusst wird¹⁾. Hierdurch werden auch die Erfüllungsinteressen der Vertragspartner berührt.

2. Gleichordnungskonzern

Diese Beeinflussung der wirtschaftlichen Lage ist aber im Gleichordnungskonzern ebenso möglich wie im Unterordnungskonzern, da hier wie dort mit der einheitlichen Leitung ein übergeordnetes Konzerninteresse verfolgt wird. Dieses kann auch im Gleichordnungskonzern eine - freiwillige - Unterordnung eines Konzerngliedes erfordern und so dessen wirtschaftliche Lage beeinflussen²⁾.

Anders als für das BetrVG oder MitbestG ist für das Betriebsrentengesetz nur diese wirtschaftliche Lage relevant. Denn es will lediglich die arbeitsvertraglichen Vermögensinteressen der Arbeitnehmer schützen³⁾, nicht aber einen Ausgleich für deren Weisungsunterworfenheit schaffen. Dies ist aber erklärtes Ziel sowohl des BetrVG als auch des MitbestG⁴⁾. Mit diesen Gesetzen wollte der Gesetzgeber den Arbeitnehmern Mitbestimmungsrechte einräumen, die nicht nur die arbeitsorganisatorische Verwirklichung unternehmerischer Entscheidungen betreffen

1) Gromann, S. 32 m.w.N.; StDJK, TZ 209, 601.

2) Gromann, S. 32 m.w.N.; vgl. auch Kemper, Unverfallbarkeit, S. 140.

3) Ebenso: Wiedemann/Moll, RdA 1977, S. 14.

4) BAG v. 31.8.82, NJW 1983, S. 953 (954); Zeuner, FS Hilger/Stumpf, S. 773 ff.; Säcker/Joost, S. 44 m.w.N.; Mitbestimmungsbericht BT-DS 6/334, S. 56; Wiedemann, Lehrbuch, S. 312; Dietz/Richardi, BetrVG, vor § 1, RZ 2.

sollten, sondern auch die wirtschaftliche Unternehmerentscheidung selbst¹⁾. Diese Mitbestimmungsrechte finden ihre Legitimation aber gerade in der sozialen Abhängigkeit des Arbeitnehmers, wie sie sich insbesondere in seiner Weisungsunterworfenheit äußert²⁾. Insofern ist es konsequent, in diesem Fall auch der mittelbaren Ausübung dieses arbeitsvertraglichen Weisungsrechts durch die konzernrechtliche Leitungsmacht Rechnung zu tragen³⁾.

Die Durchsetzung der konzernrechtlichen Leitungsmacht gegen den Willen der einzelnen Konzernglieder ist aber nur im Falle deren Abhängigkeit möglich. Nur in diesem Falle ist also eine "Fernsteuerung" des arbeitsrechtlichen Weisungsrechts durch außenstehende Dritte möglich, da im Gleichordnungskonzern die konzernrechtliche Leitungsmacht einverständlich ausgeübt wird. Diese Aspekte, die im Betriebsverfassungs- und Mitbestimmungsrecht eine Beschränkung des Konzernbegriffs auf Unterordnungskonzerne i.S.d. § 18 Abs. 1 AktG erforderlich machen, treffen somit für das BetrAVG nicht zu. Die im Bereich des Betriebsverfassungsrechts angestellten Erwägungen zur Auswirkung der Weisungsunterworfenheit zur Bestimmung des Arbeitgebers⁴⁾ lassen sich auf das BetrAVG nicht übertragen.

3. GmbH & Co. KG

Des weiteren wird für den Bereich des BetrAVG die Ansicht vertreten, auch die GmbH & Co. KG erfülle den Konzernbe-

1) BAG, a.a.O., NJW 83, S. 953 (954).

2) BVerfG vom 1.3.79, NJW 1979, S. 699 (705): Das BVerfG betont aber auch ausdrücklich die gesamtwirtschaftlichen Hintergründe des Mitbestimmungsgesetzes, die der Gesetzgeber bei seiner Entscheidung berücksichtigt habe (703), ebenso schon BVerfGE 7, S. 377 (398 f.) = NJW 58, 1035. Vgl. zur Eingliederung in den Betrieb als Ausfluß des arbeitsvertraglichen Weisungsrechts insbesondere BAG v. 15.4.82, ZIP 1983, S. 607 (611).

3) A. Hueck, RdA 1965, S. 324 f.

4) Zeuner, FS Hilger/Stumpf, S. 777 f.; Säcker/Joost, S. 44 ff.

griff, wenn die GmbH ein eigenständiges Unternehmen betreibe¹⁾. Dies würde bedeuten, daß die Rechtsprechung des BGH²⁾, in der er diese Personengesellschaften als wirtschaftliche und rechtliche Einheit betrachtet, für den Konzernbegriff entsprechend zu gelten habe. Dies ist offenbar auch der Zweck der Ansicht, diese Gesellschaften als Konzerne anzusehen³⁾.

Wie jedoch bereits oben dargelegt wurde⁴⁾, stellt die GmbH & Co. KG weder einen Unterordnungs- noch einen Gleichordnungskonzern dar. Durch den Zusammenschluß von rechtlich selbständigen Unternehmen zu einer Personengesellschaft, die das Gesetz einer juristischen Person weitgehend angenähert hat, verbinden sich die Beteiligten zu einem neuen, selbständigen Unternehmen. Zwar behält in dieser Verbindung jeder Gesellschafter seine rechtliche wie wirtschaftliche Selbständigkeit, jedoch begründet dieser Zusammenschluß durch die vielfältigen gesellschaftlichen Rechte und Pflichten der Gesellschafter nicht nur eine wirtschaftliche, sondern auch eine rechtliche Einheit, die selbständig unter ihrem Namen handeln kann, § 124 HGB.

Diese gesellschaftsrechtliche Erscheinungsform sollte jedoch ersichtlich durch das Konzernrecht nicht erfaßt werden.

Auch im Bereich des Betriebsrentengesetzes ist keine andere Wertung erforderlich. Denn das BetrAVG knüpft an die vermögensrechtlichen Aspekte des Arbeitsvertrages an. Es geht dabei ersichtlich von Verträgen aus, wie sie nach allgemeinen Bedingungen geschlossen werden. Eine Perso-

1) Höfer, BetrAVG, § 1, Rdnr. 159 m.w.N.; Schneider, BB 80, S. 105 ff.

2) BGH AP Nr. 1, 4 zu § 17 BetrAVG AP Nr. 9 zu § 1 BetrAVG - Wartezeit.

3) Vgl. die Formulierung bei Höfer, a.a.O.

4) Siehe Kap. 3 D II 2 b.

nenhandelsgesellschaft kann unter ihrem Namen Verträge schließen und daraus verpflichtet werden, § 124 HGB. Sie kann also auch Arbeitgeber sein. Wenn die neuere BGH-Rechtsprechung eine GmbH & Co. KG als wirtschaftliche Einheit auch für die Frage ansieht, ob ein Arbeitnehmer der GmbH auch Arbeitnehmer der KG und umgekehrt sei¹⁾, dann findet dies seine Rechtfertigung in eben dieser rechtlichen Verflechtung der Gesellschafter in der Gesellschaft. Zwar sind diese Gesellschafter rechtlich (und evtl. auch wirtschaftlich) selbständig, so daß an sich zwei verschiedene Arbeitsverträge vorliegen. Der Unterschied zum Konzernsachverhalt liegt jedoch in der gesellschaftsrechtlichen Verbundenheit der Gesellschafter untereinander. In den vom BGH entschiedenen Fällen hat der betreffende Arbeitnehmer nie nur einem Gesellschafter (der Komplementär-GmbH) gedient, sondern stets auch der KG. Der BGH hat es für die Annahme einer wirtschaftlichen Einheit als entscheidend angesehen, daß die Komplementär-GmbH keinen eigenen Geschäftsbetrieb hatte²⁾. Hier diente der Arbeitnehmer als Organ der GmbH der KG. Der BGH hat also entscheidend darauf abgestellt, daß der Arbeitnehmer durch die GmbH in die gesellschaftliche Verbundenheit der KG einbezogen wurde, da die GmbH selbst nur ein Teil des Unternehmens der KG war. Deshalb hat er anders entschieden, wenn die GmbH einen eigenen Geschäftsbetrieb hatte³⁾.

Denn in diesem Fall war es nicht alleiniger Zweck der GmbH, die Geschäfte der KG zu führen. Sie bestätigte sich vielmehr auch außerhalb der gesellschaftsrechtlichen Verbundenheit als Wirtschaftssubjekt. Hier reicht die personenrechtliche Verbindung durch die GmbH nicht mehr aus, den Arbeitnehmer mit der KG zu verbinden.

1) Vgl. BGH AP Nr. 1, 4 zu § 17 BetrAVG.

2) BGH vom 4.5.81 AP Nr. 9 zu § 1 BetrAVG Wartezeit = BB 1981, S. 1276.

3) BGH v. 9.6.80 AP Nr. 4 zu § 17 BetrAVG = ZIP 1980, 562.

Diese Sachverhalte lassen sich aber mit den Konzernsachverhalten nicht vergleichen: denn der Konzern stellt in Ermangelung einer Rechtsträgerschaft gerade keine rechtliche, sondern nur eine wirtschaftliche Einheit dar. Selbst in dem Extremfall einer eingegliederten Konzerngesellschaft dient der Arbeitnehmer nur dem Unternehmen seiner (eingegliederten) Konzerngesellschaft. Denn obwohl wirtschaftliche Einheit, bilden die beteiligten Konzerngesellschaften doch kein Unternehmen¹⁾. Daß das BetrAVG insofern hat Änderungen einführen wollen, ist ihm aber nicht zu entnehmen.

II. Ausgangspunkt: Der Arbeitgeber als Rechtssubjekt

1. Keine Legaldefinition des Arbeitgeberbegriffs

Der Begriff des Arbeitgebers ist im BetrAVG weder definiert noch einheitlich verwendet. Während die Überschrift des ersten Teils des BetrAVG darauf hindeutet, der Gesetzgeber habe auf den Arbeitgeberbegriff in seiner allgemeinen arbeitsrechtlichen Bedeutung²⁾ Bezug genommen, wird dies durch die unterschiedliche Verwendung im Gesetz in Frage gestellt. So wird der Begriff des Arbeitgebers in § 1 Abs. 2 im allgemeinen Sinne als derjenige verwendet, der Arbeitnehmer beschäftigt, während in § 16 der Begriff des Arbeitgebers, sieht man das Ruhestandsverhältnis nicht mehr als Arbeitsverhältnis an³⁾, nur im Sinne des ehemaligen Arbeitgebers gemeint sein kann.

1) Vgl. oben Kapitel 3, D II 2 b.

2) Vgl. oben Kapitel 4, B I.

3) H.M.: BAG AP Nr. 6 zu § 613 a BGB mit Anm. v. Blo-meyer; AP Nr. 7 zu § 613 a BGB; AP Nr. 12 zu § 613 a BGB; AP Nr. 15 zu § 613 a BGB; Seiter, in AR - Blattei (D) Betriebsinhaberwechsel (I) Übersicht nach d. Stande v. 15.11.72, unter B IV 4 c; Höhne, § 1 BetrAVG, Nam. 218, a.A.: Säcker/Joost DB 78, 1030, 1078; Gaul DB 80, 927.

Spricht § 7 Abs. 1 S. 1 vom Konkurs des Arbeitgebers, so bezeichnet § 7 Abs. 1 S. 2 das Trägerunternehmen einer Unterstützungskasse als Arbeitgeber. Ebenso spricht § 4 Abs. 1 S. 1 von Unternehmen, die Arbeitnehmer beschäftigen. Da die Vorschrift die Frage regelt, wer eine laufende Versorgungsverpflichtung übernehmen kann und somit eine unverfallbare Anwartschaft gem. § 2 Abs. 1 u. 2 voraussetzt, kann mit dem Begriff des "Unternehmens" in § 4 Abs. 1 nur der Arbeitgeber i.S.d. § 1 gemeint sein.

2. Arbeitgeberbegriff als Gattungsbegriff

Dies bedeutet jedoch nicht, daß das BetrAVG von einem eigenen Arbeitgeberbegriff ausgeht¹⁾.

An dieser Stelle soll nur noch untersucht werden, ob das BetrAVG den Begriff des Arbeitgebers in dem Sinne gebraucht, daß damit die Organisationseinheit gemeint ist, die der Arbeitsvertragspartner kraft seines Weisungsrechts geschaffen hat, damit der Arbeitnehmer dort in Zusammenarbeit mit anderen ein bestimmtes Ziel erreicht²⁾. Arbeitgeber i.S.d. BetrAVG wäre dann nicht der Arbeitsvertragspartner, sondern das Unternehmen als Organisation, in die der Arbeitnehmer zur Verrichtung abhängiger Arbeit eingegliedert ist. Ist aber die wirtschaftliche Organisation und nicht der Arbeitsvertragspartner wesentlicher Anknüpfungspunkt des BetrAVG, so kann es gerechtfertigt sein, auch die wirtschaftliche Einheit des Konzerns als Anknüpfungspunkt des BetrAVG anzusehen, auch

1) Windel, BetrAV im Umbruch, S. 253; Begr. RegE BT-DS 7/1281, S. 22; vgl. oben.

2) Hierauf stellen für das Betriebsverfassungsrecht vor allem Säcker/Joost, § 18 f. ab; vgl. zur Bedeutung der Eingliederung auch BAG v. 15.4.82 ZIP 1982, S. 607 (611).

wenn man diesen nicht als Arbeitgeber im rechtlichen Sinne betrachtet¹⁾.

Das BetrAVG will Versorgungsanwartschaften als aus dem Arbeitsvertragsverhältnis folgende Rechtspositionen schützen. Im Vordergrund stehen diese Beziehungen als finanzielle Auswirkungen des Arbeitsvertrages. Die Frage, unter wessen Weisungsmacht der Arbeitnehmer steht, ist hingegen hierfür bedeutungslos, da das Weisungsrecht ebenfalls nur ein sich aus dem Arbeitsvertrag ergebendes Recht ist. Das Bestehen eines Weisungsrechts kann insofern lediglich als Indiz für eine zugrundeliegende arbeitsvertragliche Beziehung dienen; aber nicht jede Ausübung des Weisungsrechts erfolgt aufgrund einer arbeitsvertraglichen Beziehung zwischen Ausübenden und Arbeitnehmer, da das Weisungsrecht delegiert werden kann. Der soziale Schutzzweck des BetrAVG ist aber nicht durch die Weisungsunterworfenheit des Arbeitnehmers begründet, sondern durch die besondere Ausgestaltung einer vertraglichen Entgeltforderung des Arbeitnehmers. Da die erbrachte Vorleistung des Arbeitnehmers, nämlich die Betriebstreue, nicht sofort abgegolten wird oder zumindest nach Höhe und Umfang feststeht²⁾, sondern erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses entgolten wird, ist der Anspruch des Arbeitnehmers in besonderem Maße gefährdet. Dem Arbeitnehmer diese vertraglich erworbenen Ansprüche zu sichern, ist Aufgabe des BetrAVG. Zwar ergibt sich die Versorgungsanwartschaft nicht automatisch aus dem Arbeitsvertrag; vielmehr ist ein zusätzlicher Begründungsakt erforderlich. Gleichwohl ist die Anwartschaft, erst durch eine Zusage begründet, Ausfluß des Arbeitsvertrages und Gegenleistung für bislang bereits erbrachte Dienste³⁾. Die Versorgungs-

1) So Henssler, S. 156.

2) Vgl. Höfer, BetrAVG, Arb.Gr. Rdnr. 43 f., 49 f.; BAG AP Nr. 156 zu § 242 BGB-Ruhegehalt.

3) BAG v. 8.12.81, DB 1982, S. 46 (48) u. S. 60 f.; s. auch Ahrend/Förster/Rühmann, DB 1982, S. 227.

zusage steht somit mit dem Arbeitsvertrag in Zusammenhang, bildet aber keinen Ausgleich für die Weisungsunterworfenheit des Arbeitnehmers. Sie knüpft als Gegenstand unternehmerischer Sozialpolitik am individuellen Arbeitsverhältnis an und versucht, bei der sozialen Sicherung des Einzelnen gegebenenfalls dessen unzureichenden Zeithorizont bei der Entscheidung über eine soziale Absicherung zu ergänzen¹⁾. Auch und gerade bei höherverdienenden Arbeitnehmern spielt die betriebliche Altersversorgung im Zusammenhang mit der arbeitsvertraglichen Entlohnung eine entscheidende Rolle: eine attraktive betriebliche Altersversorgung kann aus steuerlichen Gründen interessanter sein als ein höheres unmittelbares Einkommen²⁾.

3. Ausgangspunkt in § 1

So regelt das Gesetz in § 1 die Voraussetzungen einer unverfallbaren Versorgungsanwartschaft. Hierbei stellt es in § 1 die vier³⁾ Möglichkeiten dar, unter denen eine Ruhegeldzusage unverfallbar werden kann. Indem es die Versorgungszusage in § 1 Abs. 1 S. 1 ausdrücklich mit

1) Bouillon in FS-Winnacker, S. 29.

2) Sven Dirks, Abwägung der personalpolitisch positiven Impulse, in Betriebl. Altersversorgung im Umbruch, S. 124.

3) Daneben kann sich der Arbeitgeber als fünfte Möglichkeit noch verpflichten, den Arbeitnehmer in der gesetzlichen Rentenversicherung weiter- bzw. höherzuversichern; vereinzelt wird darüber hinaus als sechste Möglichkeit angesehen, daß der Arbeitgeber die Rentenleistung durch eine überbetriebliche Einrichtung erbringt; vgl. Schaub-Schusinski-Stöer, S. 17; hierbei wird aber m.E. übersehen, daß diese Möglichkeit der unternehmensübergreifenden Altersversorgung bereits in der Möglichkeit der Unterstützungs- und Pensionskassen impliziert ist, vgl. BAG AP Nr. 10 zu § 242 BGB-Ruhegehalts-Unterstützungskassen; ZIP 1980, S. 566: "Träger einer Unterstützungskasse können auch mehrere Arbeitgeber sein."

dem Arbeitsverhältnis verknüpft und dieser Direktzusage die übrigen Versorgungsarten gleichstellt, ist klargestellt, daß die Versorgungszusage von dem gegeben sein muß, dem auf Grund des Arbeitsvertrages die Arbeitsleistung zustehen soll. Denn dieser Arbeitsvertrag ist regelmäßig Grundlage des Arbeitsverhältnisses, was nicht ausschließt, daß bei fehlerhaftem Arbeitsvertrag derjenige Arbeitgeber ist, dem die Arbeitsleistung bei wirk-samem Vertrag hätte zustehen sollen. Gerade durch diese Wendung hat das Gesetz deutlich gemacht, daß die Versorgungszusage aus der arbeitsrechtlichen Beziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer folgt¹⁾. Dieser in § 1 Abs. 1 aufgestellte Grundsatz bezieht sich aber auch auf die übrigen Arten der betrieblichen Altersversorgung, die in § 1 Abs. 1 - 4 aufgeführt sind. Denn in den anderen Konstruktionstypen der betrieblichen Altersversorgung ändert sich letztlich nur die "Zahlstelle" der Betriebsrenten²⁾.

Verspricht der Arbeitgeber bei der Direktzusage, die Versorgungsleistungen selbst zu erbringen, so verspricht er bei den übrigen Formen, die Versorgung durch andere Rechtsträger sicherzustellen. In allen Fällen ist die Causa der Versorgungsanwartschaften die entsprechende Zusage des Arbeitgebers³⁾. Arbeitgeber i.S. dieser Vorschriften kann somit stets nur der Arbeitsvertragspartner sein. Da auch § 1 Abs. 4 lediglich den Grundsatz des § 1 Abs. 1 für die Durchführung der Altersversorgung mittels einer Unterstützungskasse modifiziert, kann mit Unternehmen nur der Arbeitgeber gemeint sein. Nur er, nicht aber das nicht rechtsfähige Unternehmen kann aus Anlaß des Arbeitsverhältnisses eine Zusage erteilen.

1) BAG ZIP 80, 566 (568): "...Für diese Auffassung ist maßgebend, daß die über eine Unterstützungskasse abgewinkelte Altersversorgung ihre Grundlage im Arbeitsverhältnis hat."; Blomeyer/Otto, BetrAVG § 1 Rdnr. 79,

2) Stumpf, in BetrAV im Umbruch, S. 200.

3) Ebenda.

4. Ausgangspunkt in § 4

Ebenso kann in § 4 Abs. 1 der Begriff "Unternehmen, bei dem der ausgeschiedene Arbeitnehmer beschäftigt wird" nur bedeuten, daß die Versorgungsverpflichtung gem. § 2 Abs. 1 nur von einem Arbeitgeber übernommen werden kann. Denn durch § 4 Abs. 1 sollen der freien Übertragbarkeit von Versorgungsverbindlichkeiten Schranken gesetzt werden, um eine Aushöhlung des gesetzlichen Schutzes der betrieblichen Altersversorgung zu verhindern¹⁾.

§ 4 Abs.1 S.1. Alternative bezieht sich eindeutig auf die in § 1 Abs. 1, § 2 Abs. 1, geregelte Direktzusage. Diese wird von dem Arbeitgeber aus Anlaß des Arbeitsverhältnisses gegeben. Indem § 4 die Übertragbarkeit dieser Versorgungsverpflichtung auf einen neuen Arbeitgeber, eine Pensionskasse oder eine Lebensversicherung bzw. einem öffentlich-rechtlichen Versorgungsträger beschränkt, wird erreicht, daß die spätere Versorgung des ausgeschiedenen Arbeitnehmers nicht mehr insolvenzgefährdet ist²⁾.

Ebenso würde die These, der Konzern oder dritte Konzerngesellschaften seien auf Grund der tatsächlichen Ausübung von Arbeitgeberfunktionen gemeinsam mit der am Arbeitsvertrag beteiligten Gesellschaft (einheitlicher) Arbeitgeber aller Arbeitnehmer im Konzern, dazu führen, daß die Versorgungsbezüge der einzelnen Konzerngesellschaften gem. § 5 Abs. 2 BetrAVG verrechenbar sind³⁾. Dadurch würden die Arbeitnehmer in einem Konzern aber schlechter gestellt als andere Arbeitnehmer, die Versorgungsansparungen verschiedener Arbeitgeber erworben haben.

1) Blomeyer/Otto, BetrAVG, § 4 Rdnr. 52;

BAG DB 1981, S. 2544; BAG NJW 1981, S. 189.

2) BAG NJW 1981, S. 189; BAG DB 1981, S. 2544; Everhardt, BB 1982, S. 314.

3) Blomeyer, DB 1982, S. 954; Höfer, BetrAVG § 5, Rdnr. 26.

5. Ausgangspunkt in § 7

Dieses Ergebnis, daß Arbeitgeber i.S.d. § 1 BetrAVG nur der Arbeitsvertragspartner sein kann, wird durch einen Vergleich mit den §§ 7, 10 und 16 ergänzt und bestätigt. Denn durch die §§ 7 ff. soll die dem Arbeitnehmer erwachsene Vermögensposition vom wirtschaftlichen Schicksal des Arbeitgebers unabhängig gemacht werden. Der Eintritt eines der in § 7 Abs. 1 aufgeführten Sicherungsfälle beim Arbeitgeber ist deshalb anspruchsbegründendes Tatbestandsmerkmal, weil der Arbeitgeber in diesem Fall eben nicht mehr in der Lage ist, seinen vertraglichen Pflichten nachzukommen. Der Arbeitgeber hat aber mit der Versorgungszusage eine weitere vertragliche Verpflichtung nur deshalb übernommen, weil er der Meinung war, die besonders lange Vertragstreue des Arbeitnehmers sei durch das Arbeitsentgelt allein nicht mehr ausreichend berücksichtigt; die Versorgungszusage stellt demnach eine Gegenleistung für eine bereits erbrachte Leistung des Arbeitgebers dar.

6. Ausgangspunkt in § 10

Dem entspricht, daß auf der anderen Seite dem Arbeitgeber gem. § 10 die Leistungen der Insolvenzsicherung auferlegt sind. Denn demjenigen, dem die arbeitsvertraglichen Leistungen lange Zeit zugute gekommen sind, so daß er sich zu einer Gegenleistung veranlaßt sah, ist auch zuzumuten, dafür zu sorgen, daß diese Vermögenswerte nicht im Nachhinein gefährdet werden und damit wertlos werden. Eine rechtliche Rechtfertigung hierfür bildet aber ausschließlich die vertragliche Bindung der Arbeitsvertragsparteien, da eine lediglich tatsächliche Beziehung für sich allein noch keine rechtliche Folgen zeitigen kann.

7. Ausgangspunkt in § 16

Dieses Ergebnis wird schließlich bestätigt durch die dreijährige Prüfungspflicht des (früheren) Arbeitgebers im Falle laufender Pensionsverpflichtungen gem. § 16 BetrAVG. Denn nur wenn man berücksichtigt, daß die Betriebsrente Gegenleistung für eine erbrachte Vorleistung aus dem Arbeitsverhältnis ist, die neben das eigentliche Einkommen tritt, erscheint es - vom Sonderfall der gesamtschuldnerischen Haftung der Konzernmutter im Falle der Eingliederung einmal abgesehen¹⁾ - gerechtfertigt, dem Arbeitgeber aufzuerlegen, den wertmäßigen Bestand dieser Rente soweit möglich zu gewährleisten²⁾.

8. Arbeitgeber als Zurechnungssubjekt

Das BetrAVG knüpft nach alldem also an die Rechtsperson an, die auf Grund des Arbeitsvertrages ihren Arbeitnehmern eine Versorgungszusage gemacht hat³⁾.

Das BetrAVG begründet eine Vielzahl von Rechten und Pflichten für den Arbeitgeber, weshalb dieser nur eine rechtsfähige Person sein kann, nicht aber eine lediglich faktische wirtschaftliche Verflechtung.

Der Begriff des "wirtschaftlichen Arbeitgebers" ist dagegen im Bereich des BetrAVG untauglich, da die Rechtswissenschaft als Normwissenschaft Zurechnungssubjekte ihrer Normen benötigt⁴⁾; dies können aber nur rechtsfähige Personen sein, da nur sie in der Lage sind, sich den Normen entsprechend zu verhalten. Auch dem BetrAVG

1) Vgl. hierzu unten IV u. V.

2) So kommt es für die Anpassung an die Geldentwertung prinzipiell auf die Äquivalenz der Werte an, vgl. BAG AP Nr. 4 zu § 242 BGB - Geldentwertung: Blomeyer, RdA 77, S. 6.

3) A.A.: Henssler, S. 156.

4) Larenz, Methodenlehre, S. 171 ff.

liegt keine ökonomisch ausgerichtete Betrachtungsweise zugrunde, die wirtschaftliche Sachverhalte erschöpfend erfassen will, sondern es wendet sich als Arbeitnehmerschutzgesetz mit zahlreichen Rechten und Pflichten an bestimmte Zurechnungssubjekte, also an rechtsfähige Personen¹⁾.

Zudem würde ein Abstellen auf den Konzern als wirtschaftliche Einheit zu unübersehbaren Abgrenzungsschwierigkeiten führen, da die konzernrechtliche Verbindung oftmals nur sehr schwer feststellbar ist und somit für den Arbeitnehmer erst nach komplizierten rechtlichen und wirtschaftlichen Nachforschungen feststellbar wäre, wer sein "Arbeitgeber" i.S.d. BetrAVG ist. Jedoch ist zu prüfen, ob die Tatsache konzernrechtlicher Verflechtung nicht in anderer Weise im BetrAVG zu berücksichtigen ist.

III. Auswirkung von Drittbeziehungen auf die Arbeitgeberstellung im Konzern

So ist eine Auswirkung des Konzernsachverhalts auf die betriebsrentenrechtliche Beziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bzw. Pensionär insbesondere dann denkbar, wenn es innerhalb des wirtschaftlichen Konzernverbundes zu arbeitsrechtlichen Drittbeziehungen gekommen ist.

So ist zu überprüfen, ob die wirtschaftliche Einheit des Konzerns nicht als relevante Organisationseinheit anzusehen ist, an der sich die Prüfung der Unverfallbarkeitsvoraussetzungen zu orientieren hat. Auch wenn der Konzern nicht "Arbeitgeber" i.S.d. BetrAVG ist, der eine Versorgungszusage erteilt, so ist er möglicherweise das "Unternehmen", für das der Arbeitnehmer tätig ist und wegen dessen Zugehörigkeit er eine Versorgungszusage erhalten hat, um seine langjährige "Betriebstreue" zu honorieren.

1) Vgl. für den Vergütungsanspruch im Konzern BAG vom 23.2.78, AG 79, S. 108.

1. Versorgungszusage von dritter (anderer) Konzerngesellschaft

Für die Annahme, der Konzern sei im Bereich des Betriebsrentengesetzes als "Unternehmen", dem die Betriebstreue erbracht werde, anzusehen, könnte die Tatsache sprechen, daß innerhalb eines Konzernes die Versorgungszusage oftmals von einem dritten, außenstehenden Konzernunternehmen den Arbeitnehmern gegenüber erteilt wird¹⁾. Jedoch wird dadurch die außenstehende Konzerngesellschaft nicht - auch nicht wirtschaftlich - Arbeitgeber der jeweiligen Arbeitnehmer; ihr wird dadurch ohne nähere Vereinbarung ebensowenig die Betriebstreue erbracht wie dem Gesamtkonzern.

a) Als Erfüllung einer Zusage des Beschäftigungsunternehmens

Denn entweder liegt dieser Verpflichtung eine - stillschweigende - Versorgungszusage der jeweiligen Konzernunternehmen an ihre Arbeitnehmer sowie eine entsprechende Vereinbarung der Konzernunternehmen untereinander zugrunde.

Dann stellt die Causa der Versorgungsanwartschaft weiterhin die Zusage des jeweiligen Konzernunternehmens dar, so daß die Versorgungszusage Teil des Arbeitsvertrages wird²⁾. Die außenstehende Konzerngesellschaft fungiert

-
- 1) So auch Höfer, BetrAVG § 1, RdNr. 159; Henssler, S. 156 ff; vgl. auch Blomeyer/Otto, BetrAVG, Einl. 36.
2) Allgemeine Meinung: Vgl. nur BAG vom 10.3.72 AP Nr. 156 zu § 242 BGB Ruhegehalt mit insow. zust. Anm. v. Weitnauer;
BAG vom 30.3.73 AP Nr. 4 zu § 242 BGB Ruhegehalt-Geldentwertung mit insoweit zust. Anm. v. Medicus; BAG DB 82, S. 1563; Höfer/Ahrendt DB 1972, S. 1824; Höhne BB 72, S. 1563; Höfer/Kemper BB 73, S. 1347; Lieb DB 73, S. 69; W. Blomeyer BB 80, S. 793 jew. m.w.N.

sozusagen als Konzernunterstützungskasse¹⁾. Auch wenn die außenstehende Gesellschaft nicht nur als Konzernunterstützungskasse dient, sondern darüber hinaus auch herrschendes Konzernunternehmen ist, ist dies dem Fall einer mittelbar, über eine Konzernunterstützungskasse durchgeführten Altersversorgung vergleichbar. Zwar gewährt die außenstehende Gesellschaft mit ihrer Zusage einen Rechtsanspruch auf die Versorgungsleistung: jedoch hat der Arbeitnehmer nach der ständigen Rechtsprechung des BAG²⁾ auch im Falle einer über eine Unterstützungskasse abzuwickelnden Versorgung einen unmittelbaren Rechtsanspruch auf die Versorgungsleistung.

b) Eigenständige Versorgungszusage

Oder aber die außenstehende Konzerngesellschaft (insbesondere die Konzernmutter) gibt eine unmittelbare Versorgungszusage an die Arbeitnehmer der abhängigen Konzernunternehmen. Hier ist die Obergesellschaft nicht Arbeitgeberin.

Gleichwohl wird die Versorgungszusage auch in diesem Fall aus Anlaß des Arbeitsverhältnisses abgegeben, da die Konzernobergesellschaft die Versorgungszusage ja nicht in den "luftleeren" Raum abgibt, sondern am konkreten Arbeitsverhältnis anknüpfen will³⁾.

Eine derartige unmittelbare Versorgungszusage der Konzernmutter kann unterschiedlichen rechtlichen Gehalt haben. So wird die Konzernmutter i.d.R. mit der Zusage le-

1) Vgl. Reh binder, Konzernaußenrecht, S. 231 (Anm. 209); wie hier Birk, ZfA 1974, S. 521.

2) BAG AP Nr. 6, 7, 8, 9, 12 zu § 242 BGB Ruhegehalt - Unterstützungskassen; BAG AP Nr. 9 zu § 7 BetrAVG; s. auch Mickler S. 126, 234 ff.; Blomeyer, BetrAV 79, S. 83; ders. BB 80, S. 794; Schul in SAE 1981, S. 18; Höfer BetrAVG ArbGrdl. Rdnr. 90 ff. jew. m.w.N.

3) So auch Blomeyer BB 80, S. 793 (für den Fall der Unterstützungskasse) m.w.N.; Blomeyer/Otto, BetrAVG, Einl. 267.

diglich eine Obliegenheit der Tochter aus dem Arbeitsverhältnis gem. § 267 BGB erfüllen wollen. In diesem Fall wird die Versorgungszusage lediglich im Auftrag der Tochter gegeben und nimmt am synallagmatischen Charakter des Arbeitsvertrages teil. Daß die Konzernmutter lediglich im Auftrag handelte, wird sich i.d.R. aus den Umständen ergeben, § 164 Abs. II BGB.

In der Versorgungszusage und ihrer Annahme kann aber auch ein Vertrag zu Gunsten Dritter gem. § 328 BGB zu sehen sein. Dieser kann je nach Erklärungsgehalt der jeweiligen Willensäußerungen in unterschiedlicher Konstellation zustande kommen: überwiegend¹⁾ wird ein Vertrag zwischen Konzernmutter und Konzerntochter zu Gunsten des Arbeitnehmers angenommen. Auch hier wäre durch die Beteiligung des Arbeitgebers als Vertragspartner die Versorgungszusage mit dem Arbeitsvertrag verknüpft. Denkbar ist aber auch, daß die Konzernmutter ohne Wissen und Wollen des Arbeitgebers den Arbeitnehmern eine Versorgungszusage erteilt. Dann wäre der Arbeitgeber an der Versorgungsregelung ausdrücklich nicht beteiligt, so daß es widersprüchlich wäre, gleichwohl einen Rechtsbindungswillen des Arbeitgebers annehmen zu wollen²⁾.

c) Rechtliche Einordnung

Dies bedeutet mithin, daß die Tatsache, daß die Versorgungszusage dem Arbeitnehmer im Konzern nicht von seinem Arbeitgeber erteilt wird, nicht zu einer Einheitsbetrachtung des Konzerns zwingt. Gerade im Konzern wird die außenstehende Konzerngesellschaft, die die Versorgungszusage erteilt, dies nur im Hinblick auf die dem jewei-

1) Vgl. etwa BAG AP Nr. 127 zu § 242 BGB Ruhegehalt; AP Nr. 6, 8 zu § 242 BGB - Ruhegehalt - Unterstützungskassen.

2) Vgl. Canaris, Vertrauenshaftung, S. 398; Blomeyer/Otto, BetrAVG, Einl. 36.

ligen Arbeitgeber erbrachte Betriebstreue tun. Grundlage eines solchen Verhaltens ist somit die vertragliche Beziehung der Beteiligten des Arbeitsverhältnisses und nicht die lediglich wirtschaftliche Verflechtung¹⁾.

Allerdings könnte in einem derartigen Rechtsgeschäft ein Vertrag zu Gunsten der Tochtergesellschaft gem. § 328 BGB zwischen Konzernmutter und Arbeitnehmer zu sehen sein.

Denn die Obergesellschaft will mit der Versorgungszusage an den bestehenden Arbeitsvertrag anknüpfen und sowohl die der Tochter bereits erbrachte Betriebstreue entgelten als auch den Arbeitnehmer zu weiterer Treue seinem Arbeitgeber gegenüber ermuntern.

Durch die Zusage wird damit weder der Konzern noch die zusagende Konzerngesellschaft wirtschaftlicher Arbeitgeber i.S.d. BetrAVG. Vielmehr ähnelt die Versorgungsform in diesem Fall stark der mittelbaren Versorgung des Arbeitnehmers durch Unterstützungskassen. Ebenso wenig wie diese bildet der Konzern aber eine rechtlich relevante Einheit; vielmehr ist an der rechtlichen Selbständigkeit in beiden Fällen festzuhalten²⁾. Der Arbeitgeber haftet jedoch in beiden Fällen nicht nur auf die Herstellung der Leistungsbereitschaft, sondern auch auf Schadensersatz für die unterbliebene Leistung selbst, wenn er einen entsprechenden Vertrauenstatbestand geschaffen hat.

2. Arbeitsverhältnisse mit Drittberührung im Konzern

Aber auch dann, wenn die vertraglichen Beziehungen nur mit einer Konzerngesellschaft bestehen, kann der Konzernsachverhalt sich auf diese in besonderer Weise auswirken. So stellt sich insbesondere die Frage, wie die Tatsache

1) Siehe hierzu sogleich B IV 2 b.

2) LAG Düsseldorf/Köln vom 2.2.83, DB 1983, S. 890.

des konzernweiten Einsatzes eines Arbeitnehmers sich auf die betriebsrentenrechtlichen Beziehungen zu seinem Arbeitgeber-Unternehmen, das ihm eine Versorgungszusage erteilt hat, auswirkt.

a) Im Unterordnungskonzern

Die These, in einem Konzern seien die Arbeitnehmer der einzelnen Konzernunternehmer wie Arbeitnehmer eines einheitlichen Unternehmens zu behandeln, ist in erster Linie im Hinblick auf den Unterordnungskonzern i.S.d. § 18 Abs. I AktG entwickelt worden¹⁾. Dies erscheint verständlich, da im Unterordnungskonzern die einheitliche Leitung auch zum Nachteil und gegen den Willen der abhängigen Konzernunternehmen durchgesetzt werden kann, sei es auf Grund tatsächlicher (§ 311 AktG) oder rechtlicher (§ 308 AktG) Leitungsmacht. Die in dieser Konzentration der wirtschaftlichen Entscheidungsmacht liegende Gefährdung der Gläubiger und Minderheitsaktionäre der abhängigen Gesellschaften hat der Gesetzgeber des AktG auch selbst anerkannt. Die wirtschaftliche Einheit des Konzerns kommt im Unterordnungskonzern in der Regel also stärker zum Ausdruck als im Gleichordnungskonzern, wenn auch im Unterordnungskonzern alle Abstufungen der wirtschaftlichen und organisatorischen Verflechtung vorkommen²⁾. Je enger aber der Konzern wirtschaftlich verflochten ist, um so mehr drängt sich die Frage auf, ob der Schutz des einzelnen Arbeitnehmers noch gewährleistet ist, wenn an der rechtlichen Trennung dieser wirtschaftlichen Einheit festgehalten wird. Denn die herrschende Gesellschaft bestimmt kraft ihrer Leitungsmacht die Konzernpolitik und damit die wirtschaftliche Lage der ein-

1) Vgl. etwa Martens, BAG-FS, S. 367 ff., 371, 377; Forsbach, Anpassungsprüfung, S. 189; Höfer, BetrAVG, § 1, Rdnr. 159; Rey BB 1982, S. 652 ff.; ders. DB 1982, S. 806 f.; differenzierend: Henssler, S. 26 ff.

2) Rehbindner, Konzernaußenrecht, S. 42 ff.; Forsbach, a.a.O., S. 189; K. Schmidt, ZGR 1981, S. 479.

zelenen Konzerntöchter.

Diese können nicht mehr wirtschaftlich autonom planen, sondern müssen ihre Entscheidungen - unter Umständen zu ihrem Nachteil - nach den Weisungen des herrschenden Unternehmens ausrichten. Das Konzerninteresse kann unter Umständen zu einer völligen Verarmung der Tochtergesellschaft oder sogar zu ihrer Liquidation führen. Daß all dies auch die Interessen der Arbeitnehmer einer abhängigen Gesellschaft berührt, liegt auf der Hand. Darüber hinaus wirkt sich eine enge organisatorische Verflechtung auch auf die Entscheidungsbildung des Arbeitnehmers aus:

In einem qualifizierten Unterordnungskonzern, in dem die einzelnen Konzernunternehmen lediglich noch die Funktion von Betriebsabteilungen haben, wird ein Arbeitnehmer eher bereit sein, einem entsprechenden "Wunsch" nachzukommen, die "Betriebsabteilung" innerhalb des Konzerns zu wechseln, als in einem dezentralen Konzern, in dem die einzelnen Konzernglieder strikt voneinander getrennt sind. Auch ist denkbar, daß in einem qualifizierten Konzern die Konzernmutter die Leitungsmacht nicht immer nur über den "Umweg" des Vorstandes der abhängigen Gesellschaft ausübt (vgl. 308 Abs. I AktG), sondern auch direkt Weisungen an die Arbeitnehmer der abhängigen Gesellschaft erteilt. Die rechtliche Unzulässigkeit eines derartigen Verfahrens steht ihrer faktischen Wirksamkeit nicht unbedingt entgegen.

Grundsätzlich "lebt" der Konzern jedoch von dem ihm eigentümlichen Spannungsverhältnis zwischen rechtlicher Vielfalt und wirtschaftlicher Einheit¹⁾. Es kann im Konzern gerade nicht davon ausgegangen werden, daß ein Konzernunternehmer für die Solvenz eines anderen einstehen will²⁾. Hierzu bedarf es eines eigenständigen Begründungs-

1) Martens, BAG-FS, S. 368; Reh binder, Konzernaußenrecht, S. 33 f. m.w.N.

2) So auch Höfer, BetrAVG § 4, Rdnr. 41.

aktes, aus dem sich ein Vertragsbeitritt, Schuldbeitritt, Bürgschaft, Garantieverprechen oder eine ähnliche Einstandspflicht eines Konzernunternehmens für die Verbindlichkeit eines anderen Konzernunternehmens ergibt¹⁾.

Der soziale Schutzzweck des BetrAVG erfordert insofern kein anders Verständnis des Konzernbegriffs. Denn das BetrAVG will Rechtspositionen des Arbeitnehmers, die in Erfüllung seines Arbeitsvertrages entstanden sind, sichern. Die Vorleistung, die durch die Versorgungszusage vermögenswerten Charakter erhält, ist in Erfüllung der arbeitsvertraglichen Pflichten erbracht worden, nämlich dem Arbeitsvertragspartner. Der übrige Konzern hat lediglich mittelbar davon profitiert. Deshalb sind die Rechtswirkungen auch nur innerhalb des Vertragsverhältnisses entstanden, also zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeberschaft.

Ein Abweichen von dem konzernrechtlichen Prinzip wäre nur erforderlich, wenn diese Rechtsbeziehung ohne Berücksichtigung des Konzernsachverhaltes nicht sachgerecht abgewickelt werden könnte.

Auch im Konzern wird der Arbeitsvertrag mit einem bestimmten Konzernunternehmen geschlossen. Dieses erhält die Arbeitsleistung und ist umgekehrt auch allein für die Lohnzahlung verantwortlich. Ebensowenig, wie der Arbeitnehmer ohne weiteres darauf vertrauen kann, im Falle eines Konkurses dieses Unternehmens seinen Arbeitslohn von einem anderen Konzernunternehmen zu erhalten (von dessen Existenz er bei Abschluß des Arbeitsvertrages u.U. gar nichts wußte), kann er darauf vertrauen, andere Konzerngesellschaften würden ihm die Betriebs-

1) Reh binder, Konzernaußenrecht, S. 296 ff.

treue, die er auf Grund seines Arbeitsvertrages seinem Arbeitsvertragspartner erbracht hat und der ihm deshalb eine Versorgungszusage gegeben hat, entgelten. Denn mit diesen steht er ja lediglich in mittelbarer Verbindung. Etwas anderes kann nur gelten, wenn andere Konzernunternehmen sich konkludent zu einer Mithaftung verpflichtet haben oder aber zumindest eine dahingehende Vertrauens-
erwartung des Arbeitnehmers begründet haben¹⁾. Denn dann liegt ein eigener Verpflichtungstatbestand vor oder zumindest der Anschein eines solchen, auf den der Arbeitnehmer vertrauen durfte.

Die durch ein übergeordnetes Konzerninteresse begründete Zusammenfassung rechtlich selbständiger Unternehmen führt im Gegensatz zu einer Gesellschaftsgründung oder Verschmelzung gerade nicht zu einer rechtlich relevanten Einheit. Deshalb kann der Arbeitnehmer gegen seinen Willen auch nicht innerhalb des Konzerns "versetzt" werden, da dies bedeuten würde, daß er seine Arbeitskraft "einem anderen" erbringen müßte. Hierzu ist aber gem. § 613 S. 2 BGB seine Zustimmung erforderlich. Es liegt also grundsätzlich ausschließlich in der Hand des Arbeitnehmers zu entscheiden, unter wessen Weisungsrecht er sich unterwirft.

Insofern kann sich die konzernrechtliche Leitungsmacht lediglich auf die wirtschaftliche Lage und die unternehmerische Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers auswirken.

Da dies aber nicht Inhalt des Arbeitsvertrages geworden ist, steht der Arbeitnehmer hier nicht anders als ein sonstiger Gläubiger eines Konzernunternehmens. Er ist mit einem bestimmten Konzernunternehmen in Rechtsbeziehungen getreten und kann sich somit auch nur an dieses als seinen Vertragspartner halten. Ausnahmen bestehen

1) So der Fall in BAG AP Nr. 1 § 242 BGB Ruhegehalt - Konzern.

nur, als durch den Konzernsachverhalt die wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit des beteiligten Konzernunternehmens zum Nachteil der Gläubiger von dritter Seite beeinflusst worden ist. Dann haftet das beeinflussende Konzernunternehmen für diesen Schaden, ohne dadurch aber Vertragspartner zu werden, §§ 302, 309, 317, 322 AktG¹⁾.

Ebenso kann sich der Arbeitnehmer, der mit seiner Zustimmung auch in anderen Unternehmen des Konzerns arbeitet, nicht auf eine besondere Vertrauenslage berufen. Er bleibt auch als "Leiharbeiter" weiterhin mit dem Unternehmen verbunden, mit dem er den Arbeitsvertrag geschlossen hat. Da die Versorgungszusage eine vermögenswerte Gegenleistung aus dem Arbeitsverhältnis darstellt, ist für ihre Erfüllung, ebenso wie für alle anderen Vertragsansprüche, nur der Vertragspartner verpflichtet. Denn durch die Vereinbarung der Leiharbeit im Konzern will der Entleiher gerade nicht in vertragliche Beziehungen zum Arbeitnehmer treten.

Dieser wird hierdurch auch nicht benachteiligt, weil er seine vertraglichen Ansprüche seinem Vertragspartner gegenüber in vollem Umfang behält²⁾. Die Fiktion eines zusätzlichen Arbeitsvertrages ist also auch nicht erforderlich, um die Rechtsposition des Arbeitnehmers zu schützen.

Aber auch die Unterscheidung, die Höfer³⁾ für den Fall eines endgültigen Wechsels eines Arbeitnehmers innerhalb

1) Dagegen sind die Vorschriften der §§ 304, 305 AktG für die Frage des Arbeitnehmerschutzes im Konzern nicht einschlägig, da diese den Schutz der Minderheitsaktionäre betreffen; die Arbeitnehmer einer AG sind jedoch nicht deren Gesellschafter, sondern deren Gläubiger. Für eine entsprechende Anwendung der §§ 304 f. AktG aber Martens, BAG-FS, S. 383, vgl. hierzu auch Emmerich-Sonnenschein (2. Aufl. 77), S. 219, zum Schutz außenstehender Interessenträger im faktischen Konzern, auf den sich Martens, a.a.O., zu Unrecht beruft.

2) Im Ergebnis ebenso: Höfer BetrAVG § 1, Rdnr. 116 a.E.

3) Höfer BetrAVG, § 1, Rdnr. 157.

des Konzerns trifft, ist nicht recht einsichtig: warum soll der Arbeitnehmer, der von sich aus innerhalb des Konzerns wechselt, prinzipiell weniger schützenswert sein, als der, den das Konzernunternehmen zum Wechsel veranlaßt? Denn auch dieser kann wegen der gem. § 613 S. 2 BGB erforderlichen Zustimmung nicht einfach gegen seinen Willen versetzt werden und wechselt letztlich freiwillig. Entscheidender Ansatzpunkt für eine Differenzierung dürfte doch in der - mehr oder weniger - massiven Beeinflussung des Arbeitnehmers liegen und nicht in der formalen Art des konzerninternen Wechsels.

Dies ist aber eine Frage der Schadensersatzpflicht des Arbeitgebers bzw. der Vertrauenshaftung der aufnehmenden Gesellschaft. Denn selbst wenn der Arbeitnehmer von seinem Arbeitgeber zu dem Wechsel veranlaßt wurde, braucht sich das aufnehmende Unternehmen dies doch wohl nicht - etwa für die Berechnung der Unverfallbarkeitsfristen - anrechnen zu lassen¹⁾.

Das hier gefundene Ergebnis hindert jedoch nicht, daß die am Wechsel eines Arbeitnehmers innerhalb eines Konzerns Beteiligten vertraglich die Anrechnung der im anderen Konzernunternehmen verbrachten Dienstzeit vereinbaren.

Soweit diese bereits von einer Versorgungszusage begleitet waren, hat der Arbeitnehmer bereits eine - verfallbare - Anwartschaft erdient, so daß durch eine Anrechnung im neuen Arbeitsverhältnis auch die Unverfallbarkeitsfrist des § 1 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BetrAVG positiv beeinflußt werden kann²⁾. Das gleiche muß auch dann gel-

1) Forsbach, BetrAV im Umbruch, S. 191; a.A.: Henssler, S. 157, der die übernehmende Gesellschaft (aus welchem Rechtsgrund?) für verpflichtet hält, vertraglich klarzustellen, wenn es die Verdienstzeiten nicht anrechnen will.

2) BAG v. 3.9.78, NJW 1979, S. 447; BAG v. 14.8.80, AP Nr. 6 zu § 1 BetrAVG Wartezeit mit zust. Anm. Blomeyer; Pramann, DB 1978, S. 2478 ff.; Bobrowski/Gaul F VI, Rz 25; Schaub RdA 1980, S. 156; Höhne BetrAVG § 7, Rdnr. 57.

ten, wenn ein Arbeitnehmer unter Auflösung seines alten Arbeitsverhältnisses zu einem anderen Konzernunternehmen wechselt, hierbei aber vereinbart wird, daß der Pensionsvertrag mit dem alten Arbeitgeber bestehen bleiben soll. Hier endet zwar an sich die Betriebszugehörigkeit mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Jedoch war der Pensionsvertrag Teil des Arbeitsvertrages, der bei einem Wechsel innerhalb eines Konzerns regelmäßig unverändert von der aufnehmenden Gesellschaft übernommen werden soll, um den wechselnden Arbeitnehmer nicht für seine Flexibilität zu bestrafen. Wenn also ein - wesentlicher - Teil des Arbeitsvertrages mit dem "alten" Arbeitgeber aufrecht erhalten wird, um den "neuen" Arbeitgeber nicht mit dieser Verbindlichkeit zu belasten, so ist dies nur dahin zu verstehen, daß der "alte" Arbeitgeber insofern eine Verbindlichkeit des "neuen" Arbeitgebers erfüllt. Denn wenn die Parteien vereinbaren können, die bei den jeweiligen Vor-Arbeitgebern erbrachten Betriebszugehörigkeitszeiten auch hinsichtlich der Unverfallbarkeit anzurechnen, dann muß es erst recht möglich sein, daß die Parteien von vornherein vereinbaren, daß im Falle eines Arbeitgeberwechsels im Konzern eine bestehende Versorgungszusage aufrechterhalten wird und auch Dienstzeiten bei anderen Arbeitgebern auf die Unverfallbarkeitsfrist dieser Versorgungszusage angerechnet werden.

In diesem Falle nimmt die Versorgungszusage auch an der Insolvenzsicherung gem. § 7 Abs. 1 BetrAVG teil¹⁾ Denn für die Arbeitnehmer stellt sich die Situation nicht anders dar, als hätte das aufnehmende Konzernunternehmen ihm unter Anrechnung seiner Verdienstzeit eine Versorgungszusage über eine Konzernunterstützungskasse gem. § 1 Abs. 4 BetrAVG gegeben. Das übernehmende Konzernunternehmen will zwar gerade nicht aus der Versorgungszusage in Anspruch genommen werden können; da aber für

1) A.A. wohl Rey, DB 1982, S. 806.

alle Beteiligten klar ist, daß der Arbeitnehmer durch den Wechsel nicht schlechter gestellt werden soll und insbesondere auch seine Versorgung gesichert sein soll¹⁾, müssen hier dieselben Grundsätze zur Geltung kommen, die die Rechtsprechung zur Haftung des Arbeitgebers bei Unterstützungskassen herausgearbeitet hat²⁾. Denn ansonsten wäre die Versorgungsanwartschaft des im Konzern wechselnden Arbeitnehmers nicht mehr insolvenzgeschützt, obwohl die Parteien dieses Ergebnis gerade vermeiden wollten: der "alte" Arbeitgeber ist nun kein Arbeitgeber mehr und der "neue" hat keine Versorgungszusage gegeben. Dagegen unterbricht eine bloß tatsächliche Unterbrechung die Betriebszugehörigkeit i.S.d. BetrAVG nicht, da es sich um eine vertragliche Leistung handelt. Denn die Versorgungszusage stellt zwar die Gegenleistung für eine Leistung aus dem Arbeitsvertrag dar, sie ist aber kein Entgelt im Sinne einer Gegenleistung für die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers.

Sie stellt vielmehr einen "Soziallohn" für eine vertragliche Leistung neben der einen Arbeitsleistung dar³⁾.

Die tatsächliche Nichterbringung der Arbeitsleistung kann somit keine Auswirkung auf diese Leistung haben. Soweit durch Gesetz oder (kollektiv)vertragliche Bestimmung die Nichterbringung der Arbeitsleistung schon keine Auswirkung auf die Entgeltspflicht des Arbeitgebers hat, so gilt dies erst recht für die sonstigen Leistungspflichten des Arbeitgebers. Aber auch bei schuldhafter Nichterbringung der Arbeitsleistung kann dies keine Auswirkung auf die Betriebszugehörigkeit i.S.d. BetrAVG haben. Denn

1) Rey, DB 1982, S. 806.

2) BAG AP Nr. 9 zu § 242 BGB Ruhegehalt mit Anm. v. W. Blomeyer; BAG ZIP 1980, S. 566; vgl. auch Blomeyer, Bf 1980, S. 791 ff.

3) BAG v. 12.6.75, DB 1975, S. 1062; ebenso Kemper, Unverfallbarkeit, S. 85; vgl. auch BAG v. 6.4.82, DB 1982, S. 1466 (1467).

in diesem Fall hat der Arbeitgeber die Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis zu kündigen und damit auch die Betriebszugehörigkeit zu beenden. Tut er dies nicht, so zeigt er, daß er die Verbundenheit des Arbeitnehmers mit ihm als nicht beendet betrachtet¹⁾. Wenn das Betriebsrentengesetz die Unverfallbarkeit von der Betriebszugehörigkeit abhängig macht, so erklärt sich das daraus, daß es die "Mindestbetriebstreue" nur in einem tatsächlich vollzogenen, nicht aber in einem bloß rechtlich existenten Arbeitsverhältnis als erbracht ansieht²⁾. Zudem wird durch die Verwendung des Begriffs der Betriebszugehörigkeit der personale Charakter einer Versorgungszusage als Gegenleistung für die "Treue" des Arbeitnehmers relativiert: nicht die persönliche Treue des Arbeitnehmers zu seinem Arbeitgeber soll entschädigt werden, sondern die Vertragstreue.

Läge der Unverfallbarkeit einer Versorgungsanwartschaft ein persönliches Treueverhältnis zugrunde, so wäre dies durch einen Wechsel des Arbeitgebers gem. § 613 a BGB unterbrochen. Dies steht aber im Widerspruch zum Grundsatz der einheitlichen betrieblichen Altersversorgung, wie er in § 1 Satz 2 BetrAVG zum Ausdruck kommt³⁾.

Honoriert werden soll die in der langen Vertragstreue liegende wirtschaftliche Leistung, wie sie durch die Anpassung an die besonderen Erfordernisse im Unternehmen des Arbeitgebers diesem zugute kommt⁴⁾.

1) Kemper, Unverfallbarkeit, S. 80.

2) PSVaG - Merkblatt 300/ M 5/ 11.80 "Betriebszugehörigkeit" unter 1, abgedruckt in ZIP 1981, S. 442; Höfer, BetrAVG § 1, Rdnr. 104; BAG v. 3.8.78, NJW 79, S. 446.

3) BAG NJW 79, S. 447.

4) BVerfG NJW 1983, S. 617 (619); ähnlich: BAG NJW 1979, S. 447; Kemper, Unverfallbarkeit, S. 94.

Die vorstehenden Überlegungen werden noch durch ein systematisches Argument ergänzt.

Auch im Bereich des § 4 BetrAVG zeigt sich, daß der Konzern im Rahmen des BetrAVG auch nicht als organisatorische Einheit, als "Unternehmen", dem die durch die Versorgungszuage entgeltene Betriebstreue erbracht wird, anzusehen ist.

Ist der Konzern nämlich bereits "Arbeitgeber" aller Konzernangehörigen Arbeitnehmer, so stellt ein Arbeitnehmerwechsel innerhalb des Konzerns kein Wechsel zu einem neuen Arbeitgeber dar. Dann ist die Übernahme einer Versorgungsverpflichtung in Form einer Direktzusage innerhalb eines Konzerns gem. § 4 Abs. I BetrAVG weder möglich noch erforderlich. Dies erscheint aber auch Höfer¹⁾ zu weitgehend. Denn dies würde den Konzern zu einer Haftungsgemeinschaft verformen, die dem Konzernrecht gerade fremd ist. Auch wenn es dem Willen aller Beteiligten entspräche, könnten im Konzern Arbeitsverhältnis und Versorgungsverpflichtung bei einem Wechsel nicht zusammengeführt werden.

Dies zu erreichen, war gerade Sinn der Regelung des § 4 Abs. I BetrAVG²⁾. Denn durch diese Vorschrift sollte gerade der Charakter der Versorgungszusage als betrieblicher Altersversorgung durch den Arbeitgeber betont werden. Da dieser der Träger dieses Versorgungssystems sein sollte, das durch die Einschaltung des PSV nur zusätzlich abgesichert werden sollte³⁾, sollte es ermöglicht werden, auch eine bereits unverfallbare Versorgungsanwartschaft bei einem Arbeitgeberwechsel mit befreiender Wirkung dem neuen Arbeitsvertrag folgen zu lassen⁴⁾.

1) Höfer BetrAVG, § 4, Rdnr. 41.

2) Ebenda, Rdnr. 6.

3) BT-DS 7/2843, S. 5; BAG v. 22.3.83, DB 1983, S. 780.

4) BAG v. 26.6.80, NJW 81, S. 189; BAG v. 4.8.81, DB 1981, S. 2544; Everhardt, BB 1982, S. 314 ff.

§ 4 Abs. 1 BetrAVG stellt somit keine Ausnahme von § 415 BGB dar, sondern eine Ausnahme von der Bindungswirkung der Unverfallbarkeit gem. § 1 Abs. 1 BetrAVG. Dafür, daß dies im Konzern nicht möglich sein solle, lassen sich aber weder dem Wortlaut noch dem Zweck des Gesetzes Anhaltspunkte entnehmen.

b) Im Gleichordnungskonzern

Im Gleichordnungskonzern stellt sich die Situation von vornherein anders dar. Zwar bildet auch der Gleichordnungskonzern eine wirtschaftliche Einheit, in dem sich die Konzernglieder unter eine einheitliche Leitung begeben. Dadurch kann auch im Gleichordnungskonzern das jeweilige Gesellschaftsinteresse dem Konzerninteresse weichen und so zu einer Benachteiligung der Minderheitsaktionäre und Gläubiger der jeweiligen Konzerngesellschaft führen¹⁾.

Jedoch beruht die Entscheidung, einer Richtlinie des Leitungsorgans zu folgen, immer auf der eigenverantwortlichen Entscheidung der Unternehmensführung der einzelnen Konzernglieder. Die Durchsetzung einer nachteiligen Konzernpolitik gegen den Willen eines Konzerngliedes ist begrifflich nicht möglich, da sich die Konzernglieder der einheitlichen Leitung stets durch Austritt aus dem Konzernverbund entziehen können²⁾.

Somit ist eine Fremdsteuerung des arbeitsrechtlichen Weisungsrechts im Gleichordnungskonzern nicht möglich.

Damit entfällt aber auch die Indizwirkung, die die auf Abhängigkeit beruhende konzernrechtliche Verflechtung für eine Vertrauenserwartung der Arbeitnehmer in die

1) Gromann, S. 40 f.; 54, 55 ff. m.w.N.

2) Gromann, S. 4 ff.; 57 ff.; StDJT, TZ 166, 601; Emmenrich-Sonnenschein, S. 65; oben Kap. 3 B II m.w.N.

rechtliche Behandlung des Konzerns als Einheit bei der Frage der Unverfallbarkeit ihrer Versorgungsanwartschaft haben kann. Im Gleichordnungskonzern haben sich mehrere rechtlich selbständige Unternehmen zusammengeschlossen, ohne daß dadurch ein eigenständiges neues Unternehmen entstanden wäre¹⁾. Denn hierfür fehlt es an einem Rechtsträger. Der Gleichordnungskonzern unterscheidet sich dadurch von der Personenhandelsgesellschaft, daß sich die beteiligten Rechtsträger gerade nicht zu dem Zweck zusammenschließen, unter einer gemeinsamen Firma ein Handelsgewerbe zu betreiben. Vielmehr wollen sie ihre eigenen Unternehmen weiter betreiben und lediglich im Interesse dieser Unternehmen ihre Geschäftspolitik koordinieren.

Arbeitsvertragliche Beziehungen bestehen daher i.d.R. nur zu den einzelnen Konzernunternehmen. Somit kann eine Versorgungszusage auch nur die "Betriebstreue" zum Arbeitgeber honorieren, da beide Leistungen am synallagmatischen Charakter des Arbeitsvertrages teilnehmen. Ein Wechsel des Arbeitnehmers innerhalb des Konzerns beendet daher seine Betriebszugehörigkeit i.S.d. § 1 Abs. I Satz 1 BetrAVG, da sein Arbeitsverhältnis zu dem abgebenden Arbeitgeber endet. Mit einem neuen Arbeitsverhältnis innerhalb des Konzerns beginnt daher auch eine neue Betriebszugehörigkeit, wenn nicht die Anrechnung der alten Betriebszugehörigkeit vereinbart wird²⁾. Die bei dem alten Arbeitgeber verbrachte Betriebszugehörigkeit ist

1) Vgl. ebenso für den Bereich des BetrVG: BAG v. 5.12.75, AP Nr. 1 zu § 47 BetrVG; AP Nr. 1 zu § 1 BetrVG.

2) Vgl. dazu, daß eine vertragliche Anrechnung bereits erbrachter Betriebszugehörigkeit durch einen neuen Arbeitgeber möglich ist, oben S. 37 u. 178 ff.; sowie die Nachweise dort S. 178, FN 2; vgl. auch BAG DB 1982, S. 1728 u. 2090.

eine arbeitsvertragliche Leistung, die nur diesem erbracht worden ist. Da das Betriebsrentengesetz an dieses System von Leistung und Gegenleistung anknüpft, um die Voraussetzungen für eine unverfallbare Versorgungsanwartschaft zu umschreiben, endet die Unverfallbarkeitsvoraussetzung der Betriebszugehörigkeit mit dem Ende des Arbeitsverhältnisses.

Jedoch kann auch bei einem Arbeitgeberwechsel innerhalb eines Gleichordnungskonzerns eine Anrechnung der Betriebszugehörigkeit folgen, wenn dies nicht vertraglich vereinbart wurde, der Arbeitnehmer aber auf eine Anrechnung vertrauen durfte. Ob eine derartige Anrechnung der Betriebszugehörigkeit beim alten Arbeitgeber gewollt war, ist im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu ermitteln.

Zwar gilt hier, daß grundsätzlich der Arbeitnehmer bei einem Arbeitgeberwechsel selbst für seine vertraglichen Ansprüche zu sorgen hat. Wenn jedoch der Arbeitnehmer einvernehmlich von seinem alten wie dem neuen Arbeitgeber dazu bestimmt wird, seinen Arbeitgeber zu wechseln, so wird er hierzu i.d.R. nur bereit sein, wenn er sich vertraglich nicht schlechter steht als früher. In diesem Zusammenhang kann auch die Tatsache der Konzernzugehörigkeit des Arbeitnehmers eine Rolle spielen; wenn nämlich von den beteiligten Konzernunternehmen der Eindruck erweckt wird, der Arbeitnehmer wechsle lediglich innerhalb der Organisation, so daß sich sein Wechsel nicht auf seine Versorgungsanwartschaft oder andere dienstzeitabhängige Ansprüche auswirkt, so müssen sie sich daran festhalten lassen¹⁾.

Wechselt der Arbeitnehmer dagegen auf eigenen Wunsch innerhalb des Konzerns, so unterscheidet sich dieser Wechsel nicht von einem anderen Arbeitgeberwechsel. Eine generelle Aufklärungspflicht des Arbeitgebers über die

1) Canaris, Vertrauenshaftung, S. 491.

Rechtsfolgen eines Wechsels läßt sich aus § 17 Abs. 3 S. 3 BetrAVG nicht herleiten. Denn diese Vorschrift will lediglich eine mißbräuchliche Vertragsgestaltung zu Ungunsten des Arbeitnehmers verhindern. Hiermit läßt es sich vergleichen, wenn die Unverfallbarkeit einer Versorgungsanwartschaft dadurch verhindert wird, daß das Arbeitsverhältnis rechtlich unterbrochen wird¹⁾.

Wird in diesem Fall, also der Weiterbeschäftigung durch denselben Arbeitgeber, diesem auferlegt, im neuen Arbeitsvertrag die Frage der Anrechnung der Betriebszugehörigkeit mitzuregeln²⁾, so ist dieser Gedanke grundsätzlich nicht anwendbar, wenn der Arbeitnehmer den Arbeitgeber wechselt. Denn das Betriebsrentengesetz will nur die Ansprüche aus einem Arbeitsvertrag sichern. Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn die beiden Arbeitgeber wirtschaftlich verbunden sind und daher bei dem Arbeitnehmer den Eindruck erwecken, ein Wechsel innerhalb der wirtschaftlichen Einheit sei für den Lauf der Unverfallbarkeitsfrist des § 1 Abs. I S. 1 BetrAVG unschädlich. Denn wenn sie den Anschein erwecken, ein einheitlicher Arbeitgeber zu sein, so müssen sie sich hieran auch festhalten lassen und sich wie ein solcher behandeln lassen³⁾.

Hiervon zu unterscheiden ist die weitere Frage, ob ein Konzernunternehmen, das einen Arbeitnehmer zum Wechsel des Arbeitgebers innerhalb des Konzerns bestimmt, diesem schadensersatzpflichtig ist, wenn es den Eindruck erweckt, ein Wechsel im Konzern sei für den Lauf der Unverfallbarkeitsfrist einer Versorgungsanwartschaft unschädlich und der Arbeitnehmer im Vertrauen hierauf eine vertragliche Regelung unterläßt. Dieses Haftungsproblem stellt sich, wenn die ergänzende Vertragsauslegung nicht

1) BAG v. 14.8.80 AP Nr. 6 zu § 1 BetrAVG Wartezeit unter I, 3 a, der Gründe.

2) BAG, a.a.O.; Blomeyer in seiner Anm. unter III 5.

3) Canaris, Vertrauenshaftung, S. 491.

zum Ziele führt, weil der neue Arbeitgeber nichts von der Beeinflussung des Arbeitnehmers wußte. In diesem Falle haftet die Konzerngesellschaft nach den allgemeinen Grundsätzen der Vertrauenshaftung¹⁾.

Wird ein Arbeitnehmer dagegen im Gleichordnungskonzern lediglich ausgeliehen, ohne den Arbeitgeber zu wechseln, so wird das Arbeitsverhältnis nicht unterbrochen. Der Arbeitnehmer erfüllt auch durch seine Arbeitsleistung bei einem fremden Konzernunternehmen seine arbeitsvertraglichen Verpflichtungen seinem Arbeitgeber gegenüber. Damit erbringt er diesem aber auch weiterhin die "Betriebstreue", die durch die Versorgungszusage honoriert wird. Diese ist infolge der gem. § 613 S. 2 BGB erforderlichen Vereinbarung über einen unternehmens- und konzernweiten Einsatz des Arbeitnehmers nicht auf den Organisationsbereich des Arbeitgebers bezogen, sondern stellt eine Leistung aus dem Arbeitsvertrag an den Arbeitgeber dar. Indem die Arbeitsvertragsparteien vereinbaren, daß der Arbeitsvertrag auch durch Erbringung der Arbeitsleistung im Organisationsbereich eines Dritten erfüllt werden soll, wird auch die Vertragsleistung der Erbringung der Betriebstreue in diese Vereinbarung einbezogen. Denn ansonsten könnte der Arbeitnehmer seinen vertraglichen Pflichten nur teilweise nachkommen, da er einerseits zur Arbeitsleistung bei dem Dritten verpflichtet ist, andererseits aber seine Betriebstreue seinem Arbeitgeber erbringen müßte.

Die Betriebszugehörigkeit i.S.d. § 1 Abs. I S. 1 BetrAVG wird hierdurch also nicht unterbrochen.

1) Canaris, Vertrauenshaftung, S. 491, 496 ff.

Ebenso ist die Erbringung der Arbeitsleistung bei verschiedenen Konzernunternehmen dann unschädlich, wenn der Arbeitsvertrag mit allen Konzerngliedern gemeinsam geschlossen wurde. Denn dann liegt ein einheitliches Arbeitsverhältnis vor, an dem auf der Arbeitgeberseite mehrere Personen beteiligt sind. Die Arbeitsleistung steht ihnen dann ebenso wie die Betriebstreue des Arbeitgebers gemeinschaftlich zu, ohne daß der Arbeitnehmer verpflichtet wäre, seine Vertragsleistungen mehrfach zu erbringen.

Auch wenn der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung bei den verschiedenen Konzernunternehmen erbringt, erfüllt er damit seinen Arbeitsvertrag insgesamt, §§ 428, 429 Abs. III, 422 BGB.

Seine Betriebszugehörigkeit i.S.d. § 1 Abs. I S. 1 BetrAVG wird hierdurch somit nicht unterbrochen.

3. Gleichbehandlungsgrundsatz im Konzern

Es fragt sich des weiteren, ob der Schutzzweck der betrieblichen Altersversorgung erfordert, den Konzern insofern als Einheit zu behandeln, als innerhalb eines Konzernsgleiche Versorgungsbedingungen herrschen sollen¹⁾. Dies setzt voraus, daß der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Arbeitsrecht als Rechtspflicht nicht nur im Betrieb²⁾, sondern auch im gesamten Konzern Geltung beanspruchen könnte³⁾.

1) So andeutungsweise Martens, BAG-FS, S. 382 ff.; ausdrückl.: Henssler, S. 1.

2) So d.h.M. Lieb, Arbeitsrecht, S. 54; Zöllner, Arbeitsrecht, S. 146; Hueck-Nipperdey, Bd. I, S. 417 ff.; Schaub, Handbuch, S. 675 ff.; G. Hueck, Grundsatz, S. 236 mw.N.; Mayer-Maly, DRdA 1980, S. 270 f.

3) Vgl. zur überbetrieblichen Gleichbehandlung: BAG AP Nr. 13 zu § 242 BGB Gleichbehandlung mit Anm. von A. Hueck BB 1958, S. 234; für eine konzernweite Anwendung: Henssler, S. 116; Konzen, RdA 84, S. 87.

So geht das BetrAVG in den §§ 7 Abs. I S. 2, 9 Abs. III S. 3 bei der Regelung der Gruppenunterstützungskasse selbst davon aus, daß mehrere Arbeitgeber eine gemeinsame Versorgungseinrichtung schaffen. Daraus folgt aber nicht, daß die gemeinsame Versorgungseinrichtung den berechtigten Arbeitnehmern auch gleiche Versorgungsleistungen zu erbringen hätte: denn diese richten sich nach der Versorgungszusage und damit nach dem Arbeitsvertrag. Gerade deshalb, weil die Versorgungszusage eine Gegenleistung für eine Vorleistung des Arbeitnehmers darstellt, können die zugesagten Versorgungsleistungen individuell verschieden sein.

Gerade hierin äußert sich ihr Mischcharakter¹⁾ zwischen Entgelt und Versorgung. Eine Einschränkung ergibt sich hier lediglich durch den Grundsatz der Gleichbehandlung im Arbeitsverhältnis²⁾. Durch diesen Grundsatz soll der Erkenntnis Rechnung getragen werden, daß es in einem sozialen Rechtsstaat nicht genügt, dem Einzelnen lediglich im Verhältnis zur staatlichen Gewalt die Wahrung seiner Grundrechte zu sichern³⁾. Vielmehr muß die Rechtsordnung dafür Sorge tragen, daß auch in den Rechtsbeziehungen der Bürger untereinander die Wertungen des Grundgesetzes berücksichtigt werden. Eine solche regelungsbedürftige Situation entsteht im Arbeitsverhältnis durch das arbeitsvertragliche Direktionsrecht des Arbeitgebers⁴⁾. Der Arbeitnehmer unterwirft sich durch den Vertrag völlig dem Bestimmungsrecht des Arbeitgebers, was die Arbeits-

1) BAG vom 17.1.80 unter Abs. 1, 2 a + b, der Gründe, AP Nr. 8 zu § 16 BetrAVG; BAG vom 18.10.79 AP Nr. 1 zu § 1 BetrAVG - Treubruch; Blomeyer, DB 1982, S. 956; ders. FS-G. Müller, S. 64.

2) Allgemein zur überbetrieblichen Gleichbehandlung: G. Hueck, Grundsatz, S. 64 f.; Hueck-Nipperdey, Bd. I, S. 422; Mayer-Maly, Gleichbehandlung im Arbeitsverhältnis, AR-Blattei, D-Blatt E II; Zöllner, Arbeitsrecht, S. 148 jew. m.w.N.

3) G. Hueck, Gedächtnisschrift Dietz, S. 263; Blomeyer, FS - G. Müller, S. 55 ff.

4) Blomeyer/Otto, BetrAVG, Einl. Rdnr. 163.

bedingungen anbelangt. Dieser erhält dadurch eine Machtposition, die der ebenfalls durch die einseitige Weisungsunterworfenheit gekennzeichneten Situation im Verhältnis Bürger - Staat entspricht¹⁾. Gerade weil sich das Arbeitsverhältnis nicht in einem bloßen Austauschverhältnis erschöpft, sondern die ganze Persönlichkeit des Arbeitnehmers ergreift, ist es erforderlich, auch in diesem Verhältnis unter (an sich gleichgestellten) Privaten die Grundvorstellungen unserer Rechtsordnung zu gewährleisten.

Diese, dem Arbeitgeber wegen seiner besonderen Machtposition auferlegten Pflichten bedürfen aber deshalb einer engen Begrenzung, weil der Arbeitgeber als Privatperson nur insofern besonders belastet werden darf, als das Verhältnis Arbeitgeber - Arbeitnehmer dem Verhältnis Staat - Bürger vergleichbar ist²⁾. Dieses Verhältnis wird aber im allgemeinen durch die arbeitsvertragliche Bindung einerseits und die betriebliche Organisation andererseits begrenzt. Nur durch den Arbeitsvertrag ist der Arbeitgeber in seiner Machtstellung legitimiert; nur innerhalb der am konkreten Arbeitszweck orientierten Organisation Betrieb ist die Verbindung der Arbeitnehmer untereinander so eng, daß sie einander vergleichbar werden. Dann aber würde eine Handlungsweise des Arbeitgebers, die sich nach bestimmten, gleichförmigen Regeln richtet³⁾, aber dennoch einzelne ohne sachlichen Grund ungleich behandelt, als ungerecht empfunden und den sozialen Zusammen-

1) Ebenso: L. Raiser ZHR Bd. 111, S. 75, 93 ff.; ders. JZ 59, S. 422; Blomeyer, FS - G. Müller, S. 55 ff.; anders in der Begründung: G. Hueck, Grundsatz, S. 127 ff., 169 ff.; wieder anders M. Wolf, FS - L. Raiser (1974), S. 605 ff.; Söllner, Einseitige Leistungsbestimmungen, S. 137 f.; Henssler, S. 110 f.

2) Dies übersieht Henssler, S. 111 ff., 113 f.: sein Hinweis auf das GWB überzeugt nicht, da die Begrenzung dort vom Gesetz (§§ 22, 26 GWB) gezogen wird.

3) Vgl. zu diesem Erfordernis Bötticher, RdA 1953, S. 163 ff.

halt dieser Gruppe gefährden. Nur im Betrieb aber als dem Ort der konkreten Arbeitsverrichtung prägt sich die Machtposition des Arbeitgebers so stark aus, daß seine Privatautonomie zu Gunsten der Arbeitnehmer beschränkt werden muß. Deshalb ist das Arbeitsrecht im Grundsatz betriebsbezogen¹⁾.

Eine generelle überbetriebliche Gleichbehandlungspflicht würde das durch den Grundsatz der Vertragsfreiheit legitimierte Interesse des Arbeitgebers an leistungsorientierter Differenzierung innerhalb eines Unternehmens praktisch aufheben. Eine derartige generelle Erweiterung des Bezugsrahmens würde es dem Arbeitgeber verwehren, die Effizienz seines Unternehmens durch leistungsbezogene Gruppenbildung zu erhöhen²⁾. Dies schließt jedoch eine überbetriebliche Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Einzelfall nicht aus³⁾.

Diese Erwägungen treffen aber im Konzern nicht zu. Abgesehen davon, daß der Konzern eine überbetriebliche, wirtschaftliche Organisation darstellt, fehlt es ihm an der durch den Arbeitsvertrag vermittelten Machtposition über die einzelnen Arbeitnehmer⁴⁾. Auch die konzernrechtliche Leitungsmacht vermag dieses Defizit nicht zu ersetzen, da sie dem Konzern (bzw. der Konzernmutter) keine arbeitsrechtliche Weisungsmacht verleiht. Der "Fernwirkung" der Konzernleitungsmacht begegnet das Individualarbeitsrecht

1) A.A.: Henssler, S. 112. Vgl. zu Bedeutung der Eingliederung in den Betrieb als Kennzeichen der persönl. Abhängigkeit: BAG v. 15.4.82, ZIP 1983, S. 607 (611); daß im Ausnahmefall daher auch eine überbetriebliche Gleichbehandlung erforderlich ist, wenn überbetriebliche Kollektivsachverhalte vorliegen, steht dem nicht entgegen, vgl. BAG AP Nr. 15 zu § 242 BGB Gleichbehandlung; BAG v. 8.12.81, DB 1982, S. 46 (49); Hanau-Adomeit, Arbeitsrecht (1978), S. 165; Lieb, ArbeitsR, S. 54; a.A.: Konzen, RdA 84, S. 87.

2) Mayer-Maly, Anm. zu BAG AP Nr. 43 zu § 242 BGB Gleichbehandlung; vgl. auch BAG AP Nr. 1-3 zu § 87 BetrVG - Altersversorgung.

3) BAG vom 26.4.66, BAGE 18, 278 (286); BAG DP 1982, S. 49; Mayer-Maly, a.a.O.

4) Blomeyer/Otto, BetrAVG, Einl. 166.

insofern, als die Leitungsmacht nur mittelbar über den konkreten Arbeitgeber auf das Arbeitsverhältnis Wirkung erzeugen kann.

Im Verhältnis zum Arbeitgeber kann der Gleichbehandlungsgrundsatz aber seine Wirkung (u.U. auch überbetrieblich) entfalten. Dagegen fehlt es für einen Gleichbehandlungsanspruch im Verhältnis zu anderen Konzerngesellschaften an einem rechtlichen Anknüpfungspunkt¹⁾.

Die entgegengesetzte Auffassung von Martens²⁾ läßt sich auch nicht damit begründen, daß die Konzernleitungsmacht das wirtschaftliche Ergebnis der einzelnen Konzerngesellschaften beeinflusse und damit auch das "Entgelt" für die gemeinsame Wertschöpfung aller Arbeitnehmer des Konzernverbundes, nämlich die Versorgungsanwartschaft. Denn wie bereits dargestellt, hat der Arbeitnehmer nur einen Anspruch auf sein vertraglich vereinbartes Entgelt. Er ist gerade nicht am gemeinsam erwirtschafteten Betriebsergebnis beteiligt, so daß es gerechtfertigt wäre, ihn wie einen Minderheitsgesellschafter vor der Auswirkung der Konzernierung zu schützen. Denn ein solches Teilhaberrecht³⁾ setzte eine Gleichstellung von Arbeitnehmer und Arbeitgeber voraus, wie sie wegen des typischen Interessengegensatzes dem Arbeitsvertrag gerade nicht innewohnt. So wünschenswert und sinnvoll eine konzerneinheitliche Altersversorgung auch sein mag⁴⁾, so ist sie nicht durch den Gleichbehandlungsgrundsatz geboten. Denn es würde der mit der Konzernierung erstrebten wirtschaftlichen Flexibilität gerade widersprechen, wenn eine Altersversorgung nur konzerneinheitlich eingeführt werden

1) So auch im Ergebnis BAG AP Nr. 18, 41 zu § 242 BGB Gleichbehandlung, BAG AP Nr. 16 zu § 613 a BGB.

2) Martens, BAG-FS S. 389; ebenso: Henssler, S. 113.

3) So M. Wolf, L. Raiser - FS, S. 605 ff.; Engels, Die Aussprache, 1971, Heft 5/6, S. 5 ff.; hiervon geht offenbar auch Henssler, S. 108, aus.

4) Vgl. Blomeyer, BB 80, S. 789, 792.

könnte. Als Teil des Arbeitsvertrages kann die Versorgungszusage nur Ansprüche gegenüber dem Arbeitsvertragspartner begründen, nicht aber gegenüber außenstehenden Dritte. Bezugspunkt der Gleichbehandlung können somit nur die Arbeitnehmer des gleichen Arbeitgebers sein.

Eine andere Frage ist es dagegen, ob der Arbeitnehmer auf Grund des Gleichbehandlungsgrundsatzes von seinem Arbeitgeber verlangen kann, auch Konzerndienstzeiten als Betriebszugehörigkeit i.S.d. § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrAVG anzuerkennen.

Das Betriebsrentengesetz beruht auf der Erwägung, daß es einem Arbeitnehmer i.d.R. nur einmal in seinem Arbeitsleben möglich ist, die Voraussetzungen für seine Altersversorgung zu erfüllen¹⁾. Es anerkennt, daß der Arbeitnehmer, indem er im Hinblick auf eine Versorgungszusage seine Betriebstreue erbringt, vermögenswerte Anwartschaften erwirbt. Diese gegen eine Verfallbarkeit zu schützen, wenn der Arbeitnehmer bestimmte Voraussetzungen erbracht hat, ist Sinn des BetrAVG.

Zwar werden diese Anwartschaften erst mit der Erfüllung der Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 BetrAVG unverfallbar: gleichwohl hat der Arbeitnehmer auch schon vorher Anwartschaften erworben, wenn er im Hinblick auf eine Versorgungszusage seinem Arbeitgeber die Treue hält²⁾. Da das Betriebsrentengesetz mit der Einführung der Unverfallbarkeitsregelung auch die Mobilität der Arbeitnehmer erhöhen wollte³⁾, muß es möglich sein, die - noch verfallbaren - Anwartschaften bei einem Arbeitgeberwechsel vertraglich anzurechnen, so daß sich die Betriebszugehörig-

1) Begr. RegE, BT-DS 7/1281, S. 19 ff.; BAG v. 10.3.72, DB 72, S. 1486 ff.

2) BAG NJW 1979, S. 447; das Gesetz will die bestehende Altersversorgung nur "verbessern" und führt daher nur die Unverfallbarkeit bestehender Versorgungszusagen ein; Wiedemann/Moll, RdA 77, S. 15.

3) Begr. RegE, BT-DS 7/1281, S. 19.

keit i.S.d. § 1 BetrAVG in diesem Fall aus der Zeit bei dem ersten und dem zweiten zusammensetzt¹⁾.

Auf diese Weise wird die Versorgungsanwartschaft schon vor dem Erreichen einer 12jährigen Betriebszugehörigkeit beim neuen Arbeitgeber unverfallbar und nimmt am Insolvenzschutz des § 7 BetrAVG teil. Da durch eine derartige Vereinbarung tatsächlich erworbene Anwartschaften berücksichtigt werden, ist die vorzeitige Unverfallbarkeit auch keine manipulative Belastung der Insolvenzversicherung wie etwa im Falle der Berücksichtigung fiktiver Betriebszugehörigkeitszeiten²⁾.

Eine solche Anrechnung von Betriebszugehörigkeitszeiten bei einem anderen Arbeitgeber setzt also voraus, daß die Betriebstreue dort in Erwartung einer späteren Versorgung erbracht wurde, und daß sie im neuen Arbeitsvertrag als abgeleistete Betriebszugehörigkeit anerkannt wird³⁾.

Auf eine solche Anrechnung kann aber ein Arbeitnehmer auf Grund des Gleichbehandlungsgrundsatzes einen Anspruch haben⁴⁾, wenn - etwa auf Weisung der Konzernmutter - die Konzerntochter generell die in anderen Konzerngesellschaften verbrachten Dienstzeiten mit Versorgungszusage als im eigenen Unternehmen verbrachte Betriebszugehörigkeit anerkennt. Da sich in diesem Fall der Bezugsrahmen über

1) BAG v. 16.3.82, DB 1982, S. 1728; BAG v. 29.6.82, DB 1982, S. 2090.

2) So aber LAG Düsseldorf/Köln, DB 1980, S. 1031; anders: BAG NJW 1979, S. 447; BAG DB 1982, S. 2090; Höhne, BetrAVG, § 1, Rdnr. 109, 153; § 7 Rdnr. 56 ff.; Höfer, BetrAVG, § 1, Rdnr. 155.

3) BAG NJW 79, S. 447; BB 79, S. 784; BAG DB 1982, S. 1728 und 2090; Blomeyer, in Anm. zu AP Nr. 6 zu § 1 BetrAVG Wartezeit (unter III 3 und 4); Schaub RdA 1980, S. 156; Schaub/Schusinski/Ströer, S. 63.

4) Vgl. zur anspruchsgründenden Wirkung des Gleichbehandlungsgrundsatzes: G. Hueck, Gedächtnisschrift Dietz, S. 243; Hueck/Nipperdey I, S. 425 f.; Bobrowski/Gaul F II Rz 4; Blomeyer, FS Müller, S. 55, 57 ff.

den einzelnen Betrieb auf das Konzernunternehmen erstreckt, steht einer überbetrieblichen Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes nichts entgegen¹⁾.

4. Vertrauensschutz

Schließlich stellt sich die Frage, ob nicht die enge wirtschaftliche Verflechtung bei den konzernzugehörigen Arbeitnehmern eine Vertrauens Erwartung begründet, in einem Unterordnungskonzern werde generell die gesamte Konzerndienstzeit mit einer Versorgungszusage vergütet.

Die Umgestaltung einer vertraglichen Vereinbarung kraft Haftung für eine erweckte Vertrauens Erwartung setzt aber voraus, daß ein Tatbestand vorliegt, an den ein Vertragspartner eine berechnigte Vertrauens Erwartung knüpfen durfte und der dem anderen Vertragspartner zuzurechnen ist²⁾.

Die Tatsache der engen konzernrechtlichen Verflechtung allein reicht aber nicht dafür aus, bei den Arbeitnehmern eine berechnigte Vertrauens Erwartung entstehen zu lassen, der Konzern insgesamt sei als Einheit anzusehen, so daß auch die Dienstzeiten bei anderen Konzernunternehmen ohne weiters als Zeiten der Betriebszugehörigkeit bei einem die Versorgung zusagenden Konzernunternehmen zu rechnen seien. Denn die Zusammenfassung rechtlich selbständiger Unternehmen unter einheitlicher Leitung zu einer wirtschaftlichen Einheit ist eine mit all ihren Konsequenzen von der Rechtsordnung anerkannte Verhaltensweise.

Ein rechtsordnungskonformes Verhalten kann aber keine

1) Vgl. BAGE 18, 278 (286); Hueck/Nipperdey I, S. 422 (in FN 29); Nikisch I, S. 507; Mayer-Maly, AR-Blattei "Gleichbehandlung im Arbeitsrecht I", D-Blatt unter E II; Ders. in Anm. zu BAG AP Nr. 43 zu § 242 BGB Gleichbehandlung (unter 1).

2) Canaris, Vertrauenshaftung, S. 491, 496 ff.

Vertrauens Erwartung auf abweichende Rechtsfolgen rechtfertigen¹⁾.

Etwas anderes gilt dann, wenn der Arbeitnehmer - dem bereits von seinem Arbeitgeber - Konzernunternehmen eine Versorgungszusage gemacht worden ist - von der Konzernmutter "angewiesen" wird, zu einer anderen Konzerngesellschaft zu wechseln. Dann endet zuvor die Betriebszugehörigkeit mit dem Ende des Arbeitsverhältnisses und eine neue beginnt bei dem neuen Arbeitgeber²⁾. Eine solche "Versetzung" ist aber keinesfalls lediglich ein konzerninterner Organisationsakt³⁾.

Denn die konzernrechtliche Weisungsmacht gibt der Konzernmutter keinerlei arbeitsrechtliche Weisungsbefugnis. Sie kann also allenfalls im Namen des Arbeitgebers handeln. Auch dieser kann aber wegen § 613 S. 2 BGB den Arbeitnehmer nicht anweisen, seine Arbeitskraft einem Dritten zu erbringen. Vielmehr ist hierzu die Zustimmung des Arbeitnehmers erforderlich, die allerdings auch schon vorweg im Arbeitsvertrag erklärt werden kann.

Um so weniger kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmer anweisen, unter Auflösung seines bisherigen Arbeitsverhältnisses bei einem Dritten ein neues zu beginnen. Ein derartiges Begehren stellte vielmehr eine Beendigungskündigung dar. Selbst wenn diese, verbunden mit dem Angebot eines neuen Arbeitsvertrages bei einem anderen Konzern-

1) Dies übersieht Rey, BB 82, 653; jedenfalls kann der Arbeitnehmer bei einem formalen Arbeitgeberwechsel nicht auf eine Gesamtschuldnerschaft der beiden Arbeitgeber vertrauen, da er ihre rechtliche Trennung kennt. Vgl. Canaris, Vertrauenshaftung, S. 507 ff.

2) BAG v. 14.8.80, AP Nr. 6 zu § 1 BetrAVG Wartezeit mit zust. Anm. Blomeyer: in diesem Sinne wohl auch Gaul/Gareis BB 78, S. 920.

3) So aber offenbar Höhne BetrAVG § 7, Rdnr. 59; § 1, Rdnr. 164, 189; eindeutig: Höfer BetrAVG § 1, Rdnr. 156; Kemper, Unverfallbarkeit, S. 96; Rey, BB 82, S. 653.

unternehmen betriebsbedingt und damit vielleicht sozial gerechtfertigt sein mag¹⁾, so offenbart dies doch den Unterschied zu einer Versetzung durch den Arbeitgeber. Denn bei einer Versetzung²⁾ bleiben nicht nur die Vertragsparteien identisch, auch das Arbeitsverhältnis wird - selbst im Falle einer Änderungskündigung - nicht gelöst, da sich nur die Vertragsbedingungen ändern³⁾.

Falls in einem solchen Fall eine Anrechnung der Vordienstzeit bei dem abgebenden Konzernunternehmen im neuen nicht erfolgt, wird die ergänzende Vertragsauslegung i.d.R. ergeben, daß eine entsprechende Regelung erfolgt wäre, wenn die Vertragsparteien die Regelungsbedürftigkeit erkannt hätten, da der Arbeitnehmer ansonsten kaum bereit gewesen wäre, unter Aufgabe seiner bisherigen Versorgungsansprüchen den Arbeitgeber zu wechseln⁴⁾. Im Falle einer Weisung der Konzernspitze müßten sich die Konzerntöchter den von der Konzernmutter erzeugten Rechtschein ebenso anrechnen lassen, wie wenn sie sich untereinander über den Wechsel des Arbeitgebers verständigt hätten. Denn die Konzernmutter kann ihr Weisungsrecht nur über die Töchter ausüben.

Die Vertrauensersparung des Arbeitnehmers liegt hier ähnlich, wie wenn der Versorgungsgedanke überhaupt erst neu

1) Vgl. BAG v. 18.10.76, AP Nr. 3 zu § 1 KSchG 1969 mit abl. Anm. Wiedemann/Strohn; zust.: Hueck, KSchG¹⁰, § 1, Rdnr. 114 d, 143.

2) Eine Versetzung von einem Betrieb in einen anderen innerhalb eines Unternehmens ist darüber hinaus wohl auch nur möglich, wenn dies im Arbeitsvertrag vereinbart wurde oder der Arbeitnehmer nachträglich zustimmt; vgl. Boewer DB 1979, S. 1035 f.; Fitting-Auffarth, Kaiser, BetrVG¹³, § 99, Rdnr. 18 a; Bobrowski/Gaul D II Rz 11, 14, 28; Schaub, Handbuch § 45 IV⁴⁺⁵, jew. m.w.N.

3) H.M., vgl. Schaub, Handbuch, § 45 (S. 203); Blomeyer, Anm. zu AP Nr. 6 zu § 1 BetrAVG Wartezeit (unter IV 4).

4) BAG v. 16.3.82, DB 82, S. 1728; BAG v. 29.6.82 DB 82, S. 2090; ähnlich für das KSchG: Hueck, KSchG¹⁰, § 1, Rdnr. 28.

der Konzernmutter eingeführt wird¹⁾. Denn wenn sich die Konzerntochter die Einführung der Versorgungszusage zurechnen lassen muß und für ihre Erfüllung einzustehen hat, so gilt dies ebenso, wenn die beteiligten Konzernunternehmen bei dem Arbeitnehmer den Eindruck erwecken, ein Wechsel innerhalb des Konzerns sei ohne Einbuße für seine betriebliche Altersversorgung möglich²⁾.

Grundsätzlich ist es zwar Sache des Arbeitnehmers, für den Erhalt seiner Altersversorgung zu sorgen. Da jedoch gem. § 17 Abs. III Satz 3 BetrAVG nicht zu Ungunsten des Arbeitnehmers von den Bestimmungen des Betriebsrentengesetzes abgewichen werden darf, wäre eine Bestimmung des Arbeitnehmers zum Wechsel innerhalb des Konzerns, der zum Verlust seiner Versorgungsanswartschaften führte, rechtmißbräuchlich, wenn auf diesem Wege versucht werden sollte, die Unverfallbarkeit einer Versorgungsanswartschaft hinauszuzögern.

Zwar findet bei einem Wechsel innerhalb eines Konzerns neben der rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses auch ein Wechsel in der Person des Arbeitgebers statt. Jedoch erhöht gerade die wirtschaftliche und organisatorische Verflechtung der beteiligten Unternehmen in einem Konzern die Mobilitätsbereitschaft der Arbeitnehmer. Gerade auf Grund dieser Verflechtung könnten die beteiligten Konzernunternehmer die Vorteile der langen Verbundenheit mit den Arbeitnehmern nutzen, den Eintritt der Unverfallbarkeit aber dadurch hinauszögern, daß sie den Arbeitnehmern unter Hinweis auf die enge organisatorische Verbundenheit zum Wechsel innerhalb des Konzern veranlassen. Auch wenn hinter dem Verlangen, innerhalb des Kon-

1) Vgl. hierzu BAG AP Nr. 1 zu § 242 BGB Ruhegehalt-Konzern.

2) Im Ergebnis ebenso: Höfer, BetrAVG § 1, Rdnr. 116; Gaul/Gareis BB 78, 920; BAG AP Nr. 1 zu § 242 BGB Ruhegehalt-Konzern mit insofern zust. Anm. v. Rasch ZfA 1974, S. 521.

zerns zu wechseln, keine Benachteiligungsabsicht steht, so ist es doch den beteiligten Unternehmen zuzumuten, den Arbeitnehmer auch auf die nachteiligen Folgen eines derartigen Wechsels hinzuweisen. Denn für diesen sind diese Rechtsfolgen oft ebenso wenig ersichtlich wie die einer rechtlichen Unterbrechung eines Arbeitsverhältnisses bei dem gleichen Arbeitgeber¹⁾.

Weisen weder abgebendes noch aufnehmendes Konzernunternehmen auf die rechtlichen Folgen der Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses hin (und nur, falls beide Konzernunternehmen überhaupt eine Versorgungszusage gegeben haben, stellt sich für die Berechnung der Unverfallbarkeitsfrist des § 1 Abs. I BetrAVG das Problem der Anrechnung), so erscheint es gerechtfertigt, im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung diese Lücke zu schließen. Dies verhindert nicht, daß die Beteiligten eine Anrechnung ausdrücklich ausschließen. Dagegen stellt sich die Anrechnungsproblematik nicht, wenn der Arbeitnehmer lediglich im Konzern "ausgeliehen" wird. Hierdurch wird sein Arbeitsverhältnis mit seinem Arbeitgeber-Unternehmen nicht gelöst; durch die Arbeitsleistung in dem entleihenden Unternehmen erfüllt er auch seinen Arbeitsvertrag seinem Arbeitgeber gegenüber. Da er somit diesem weiterhin seine "Betriebstreue" erbringt, wird seine Betriebszugehörigkeit i.S.d. § 1 Abs. I Satz 1 BetrAVG nicht unterbrochen. Die Unverfallbarkeit einer Versorgungsanwartschaft kann nicht davon abhängen, wie der Arbeitgeber die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers nutzt.

1) Vgl. BAG AP Nr. 6 zu § 1 BetrAVG Wartezeit; vgl. hierzu auch BAG AP Nr. 160 zu § 242 BGB Ruhegehalt.

5. Ergebnis

Die Betriebstreue, die sich in langjähriger Betriebszugehörigkeit ausdrückt und deshalb in § 1 Abs. 1 Satz 1, 2. Alt. BetrAVG als Unverfallbarkeitsgrund normiert wurde, kann somit nur die Treue zum Arbeitgeber sein. Dies ist im Konzern aber nur die jeweilige Gesellschaft. Dagegen ist das wirtschaftliche Ergebnis der Betriebstreue weder Voraussetzung der Versorgungszusage noch Voraussetzung der Unverfallbarkeit. Die Unverfallbarkeit tritt vielmehr ohne Rücksicht darauf ein, ob die erbrachte Betriebstreue dem Arbeitgeber von Nutzen war oder ob sie sich wirtschaftlich noch bemerkbar macht¹⁾.

Denn dies ist gerade ein Zweck des Betriebsrentengesetzes, dem Arbeitnehmer seine Anwartschaft auch dann zu erhalten, wenn er sich längst von dem zusagenden Arbeitgeber getrennt hat. Obwohl sich die Betriebstreue wirtschaftlich nicht mehr zugunsten des Arbeitgebers auswirkt, muß dieser den Versorgungsanspruch anteilmäßig erfüllen²⁾. Daran zeigt sich, daß sich die Versorgungsanwartschaft nicht am wirtschaftlichen Ergebnis der Betriebstreue orientiert. Sie ist vielmehr wie jeder andere arbeitsvertragliche Anspruch mit der Erbringung der Leistung entstanden, ohne daß es auf die wirtschaftliche Lage des Arbeitgebers ankäme. Daran wird deutlich, daß arbeitsvertragliche Mitgliedschaftsrechte keine Teilhaberrechte am wirtschaftlichen Ergebnis der Arbeitsleistung darstellen, sondern unabhängig davon entstehen. Denn ansonsten müßten sich die Ansprüche bei einem negativen Wirtschaftsergebnis mindern³⁾.

1) Ausführlich hierzu Blomeyer, RdA 77, S. 8 f.; vgl. auch BAG AP Nr. 104, 157 zu § 242 BGB Ruhegehalt.

2) Blomeyer, FS Hilger/Stumpf, S. 44 ff.

3) Vgl. hierzu Zöllner, BAG-FS, S. 745 ff., 758 ff., 762; Martens RdA 1979, S. 347 ff. (351 ff.); Ballerstedt, FS-Duden, S. 15 ff. (26 ff.).

Sind die arbeitsvertraglichen Ansprüche vom wirtschaftlichen Ergebnis unabhängig, so ist es für ihre Entstehung auch unerheblich, wenn die Arbeitsleistung mittelbar auch dritten Personen zugute kommt. Folglich kann es für die Frage der Unverfallbarkeit einer Versorgungsanwartschaft nicht darauf ankommen, daß die langjährige Verbundenheit mit dem Arbeitgeber wirtschaftlich auch anderen zugute gekommen ist. Diesen war die Betriebstreue weder geschuldet noch haben sie eine Versorgungszusage gemacht, auf die der Arbeitnehmer leisten konnte.

Hiervon streng zu unterscheiden ist die Frage, ob die Arbeitsvertragsparteien die Versorgungshöhe vom Konzernergebnis statt vom Unternehmensergebnis abhängig machen können. Dies ist eine Frage des Vertragsinhalts, bei der die Parteien grundsätzlich frei sind. Als Bemessungsgrundlage für die Höhe des Versorgungsanspruchs können sie daher auch das Konzernergebnis vereinbaren.

IV. Insolvenzschutz und Arbeitgeberstellung (§§ 7 ff. BetrAVG)

Gerade im Rahmen der Insolvenzsicherung gem. § 7 BetrAVG ist es denkbar, den Konzern insgesamt (oder zumindest die Konzernmutter) als entscheidenden Anknüpfungspunkt des Betriebsrentengesetzes anzusehen.

Ausgangspunkt dieser Überlegung könnte die Rechtsprechung des BAG zur wirtschaftlichen Einheit von Arbeitgeber und Unterstützungskasse sein¹⁾. Denn wirtschaftlich hat - insbesondere in qualifizierten Unterordnungskonzernen - der gesamte Konzern von der im Verband errichteten langjährigen Zugehörigkeit der Arbeitnehmer profitiert,

1) BAG vom 15.3.79 AP Nr. 19 zu § 613 a BGB; BAG vom 31.10.69 AP Nr. 1 zu § 242 BGB Ruhegehalt - Unterstützungskassen.

so daß es denkbar wäre, den Konzern gewissermaßen als Pendant hierfür zumindest für die Ruhegehaltszusagen haften zu lassen.

Eine derartige Einheitsbetrachtung ist aber für das Konzernrecht auch im Bereich der betrieblichen Altersversorgung weder erforderlich noch zulässig¹⁾. Der Rechtsanwender hat grundsätzlich die im Privatrecht getroffene Entscheidung des Gesetzgebers, auch juristische Personen als rechtlich selbständig zu behandeln, wenn sie wirtschaftlich unselbständig sind, hinzunehmen. Gerade weil der Gesetzgeber Personenvereinigungen unter bestimmten Voraussetzungen Rechtspersönlichkeit verleiht, sind diese und nicht der hinter ihnen stehende wirtschaftliche Sachverhalt Zurechnungsobjekte der Normen. Dieses Trennungsprinzip kann nur dann durchbrochen werden, wenn

- der Zweck einer Einzelnorm die Durchbrechung erfordert,
- sich die Durchbrechung als Ergebnis der Auslegung aus Treu und Glauben ergibt oder wenn
- eine Berufung auf die Trennung anerkannte Regeln des rechtlichen Verkehrs verletzt²⁾.

Sie kann also stets nur ultima ratio sein³⁾.

Der Zweck des § 7 BetrAVG erfordert eine derartige Einheitsbetrachtung nicht, im Gegenteil. Zweck der Insolvenzversicherung ist es, die vertraglichen Ansprüche der Arbeitnehmer gegen ihre Arbeitgeber für die Zukunft zu sichern, indem sie von der Insolvenzgefahr der Arbeitgeber gelöst werden. Dadurch sollte die Funktion der betrieblichen Altersversorgung als dritte Säule der Altersversorgung gesichert werden⁴⁾.

1) Vgl. zum ähnlichen Problem bei den Unterstützungskassen: Blomeyer, BB 80, S. 789 ff.

2) Coing, NJW 1977, S. 1793 ff. (1796 f.); Müller-Freienfels, AcP 156 (1956), S. 522; Kraft, Kölner Komm. AktG § 1, RdNr. 75; Meyer-Landrut, Groß Komm. z. AktG (3. Aufl. 1973) § 1, Anm. 23 ff.

3) BAG AP Nr. 1 zu § 13 GmbH.

4) Chmursinski: RdA 1981, S. 18; Höfer-Kemper, DB 73, 1352.

Die Vorschrift des § 7 (und ihm folgend auch die anderen Vorschriften über die Insolvenzsicherung, §§ 8 bis 15) stellt somit in erster Linie auf den Konkurs des Arbeitgebers ab. Denn auch, wenn das Gesetz in § 7 Abs. 1 S. 3 Nr. 5 von der wirtschaftlichen Notlage des Arbeitgebers oder in § 7 Abs. 5 S. 2 von der wirtschaftlichen Lage des Arbeitgebers spricht, ist dies aus dem Kontext der Vorschrift nur so zu verstehen, daß der Arbeitgeber zumindest vom Konkurs bedroht sein muß.

Der Konzern bzw. die Konzernobergesellschaft müßten im Rahmen dieser Vorschriften somit dann als "Arbeitgeber" angesehen werden, wenn aufgrund der wirtschaftlichen Verflechtung im Konzern der Zweck der Vorschrift ansonsten nicht erreicht werden könnte. Dies ist dann der Fall, wenn die erdiente Versorgungsanwartschaft eines Arbeitnehmers im Konzern u.U. nicht insolvenzgeschützt wäre.

1. Der Konzern im Konkurs

Um die Frage beantworten zu können, ob eine derartige Verkürzung des Insolvenzschutzes eintritt, ist zunächst einmal die Stellung des Konzerns im Konkurs zu untersuchen. Da das Konkursverfahren dazu dient, Vermögensansprüche gegen den Gemeinschuldner (vgl. § 3 Abs. 1 KO) zu befriedigen, setzt dies notwendig voraus, daß derjenige, der in Konkurs fällt, auch den Gläubigern gegenüber verpflichtet ist. Mit anderen Worten, es kann niemand in Konkurs fallen, der nicht Träger von Rechten und Pflichten sein kann¹⁾.

1) Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, KO, B und C in Vorbemerkung zum 8. Titel des II. Buches; Jaeger-Weber, KO, Vorbemerkung 12 und 13 zum 8. Titel des II. Buches.

a) Konkursfähigkeit des Konzerns

Übertragen auf den Konzernsachverhalt bedeutet dies, daß der Konzern als solcher weder zahlungsunfähig noch überschuldet werden kann, da er selbst keine Rechtspersönlichkeit und damit auch keine Verbindlichkeiten hat. Der Konzern als solcher ist nicht konkursfähig¹⁾. Der Konzern als solcher kann somit nicht Anknüpfungspunkt der Insolvenzvorschriften sein.

In Konkurs können nur die einzelnen Konzerngesellschaften fallen, wenn sie zahlungsunfähig²⁾ werden (§ 102 KO) oder überschuldet³⁾ sind (§§ 207, 213 KO).

Der Konkurs eines Konzernunternehmens ist somit ausschließlich auf sein Vermögen bezogen und berührt das der übrigen Konzerngesellschaften nicht.

b) Mithaftung aufgrund vertraglicher Vereinbarung

Doch sind im Konkurs der einzelnen Konzerngesellschaft sämtliche Ansprüche, die sie gegen andere Konzerngesellschaften hat, zu berücksichtigen.

So ist insbesondere zu prüfen, ob und inwieweit sich außenstehende Konzerngesellschaften entweder ausdrücklich oder durch schlüssiges Verhalten für die Verbindlichkeit des anderen Unternehmens mitverantwortlich haben⁴⁾. Dies kann als Vertragsbeitritt, Schuldübernahme, Bürgschaft oder Garantieerklärung ausgestaltet sein⁵⁾. Darum wird

1) Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, KO, B und C in Vorbemerkung zum 8. Titel des II. Buches; Jaeger-Weber, KO, Vorbemerkung 12 und 13 zum 8. Titel des II. Buches; Bloemeyer/Otto, BetrAVG, vor § 7 Rdnr. 20.

2) Zum Begriff: Jaeger-Weber, Anm. 2 zu § 102 KO; Mentzel Kuhn/Uhlenbruck, Rdnr. 2 zu § 102 KO.

3) Zum Begriff: Jaeger-Weber, Anm. 2 zu § 102, Anm. 19 zu §§ 207 und 208 KO; Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, Rdnr. 2 zu § 102 KO.

4) Vgl. Rehbindner, Konzernaußenrecht, S. 24, 296 ff.

5) Vgl. BGH AP Nr. 2 zu § 13 GmbH-Gesetz mit Anm. Kraft; Rehbindner, a.a.O., S. 296 ff.

die außenstehende Gesellschaft nur in seltenen Fällen eine originäre Mitverpflichtung neben der vertragsschließenden Gesellschaft bezwecken, sondern vielmehr lediglich eine Sicherung der Gläubiger bei einem Ausfall des Hauptschuldners¹⁾. Darüber hinaus kann sich eine Einstandspflicht außenstehender Gesellschaften für Verbindlichkeiten konkursreifer Konzernunternehmen auch daraus ergeben, daß sie schuldhaft einen zurechenbaren Rechtschein erweckt haben, für die Verbindlichkeiten der Konzerngesellschaft eintreten zu wollen²⁾.

c) Mithaftung aufgrund gesetzlicher Haftungsnormen

aa) Vertragskonzern

Ist das konkursreife Unternehmen ein abhängiges Unternehmen in einem vertraglichen Unterordnungskonzern, so bleibt der Konkurs auch in diesem Fall auf das Vermögen der abhängigen Gesellschaft beschränkt. Jedoch wird durch den Konkurs der Unternehmensvertrag beendet³⁾. Folglich muß das herrschende Unternehmen alle bis dahin entstandenen Verluste gemäß § 302 AktG übernehmen und außerdem den Gläubigern auf Verlangen nach § 303 AktG Sicherheit leisten⁴⁾. Ebenso ist der Vorstand der herrschenden Gesellschaft bzw. diese selbst dem konkursreifen Tochterunternehmen gemäß § 309 Abs. 2 AktG in Verbindung mit § 31 BGB schadensersatzpflichtig, wenn dieses durch sorgfaltswidrige Weise geschädigt und in Kon-

1) Reh binder, Konzernaußenrecht, S. 303.

2) Canaris, Vertrauenshaftung, S. 491 ff., 517; Lutter, ZGR 1982, S. 244, 251.

3) BGH vom 27.5.74, LM Nr. 1 zu § 320 AktG, Bl. 3 f.; Biedenkopf/Koppensteiner, Kölner Komm. § 297 AktG, Rdnr. 19 f.; Emmerich-Sonnenschein, Konzernrecht, S. 163.

4) Emmerich-Sonnenschein, Konzernrecht, S. 170.

kurs geführt wurde¹⁾. Diese Ausgleichsansprüche der abhängigen Gesellschaft unterliegen dort nach §§ 829, 835 f. ZPO dem Zugriff ihrer Gläubiger²⁾.

bb) Faktischer Konzern

Im Falle eines faktischen Konzern ist das herrschende Unternehmen gemäß § 311 AktG zum Nachteilsausgleich verpflichtet. Hat es den rechtzeitigen Nachteilsausgleich unterlassen und dadurch den Konkurs des Tochterunternehmens herbeigeführt, so ist es zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet, § 317 Abs. 1 AktG³⁾.

Eine entsprechende Anwendung der Vorschriften für den Vertragskonzern auf den faktischen Konzern⁴⁾ ist nicht möglich, da der Gesetzgeber bewußt zwischen dem Vertragskonzern und dem faktischen Konzern unterschieden und für beide Arten von Verbindungen im Konzern verschiedene Regelungen geschaffen hat⁵⁾. Mangels einer Regelungslücke bleibt für eine Analogie somit kein Raum⁶⁾.

1) Biedenkopf-Koppensteiner, Kölner Komm. § 309 AktG, RdNr. 14 f.

2) Emmerich-Sonnenschein, Konzernrecht, S. 169 f.; eine entsprechende Anwendung der §§ 317 Abs. 4, 309 Abs. 4 AktG, die auch den Gläubigern einen direkten Anspruch gegen die herrschende Gesellschaft gibt, ist jedoch entgegen Müller, ZGR 1977, 6, 11, ähnlich auch Martens, BAG-FS, S. 382 f., nicht möglich. Das Gesetz unterscheidet sehr genau zwischen Minderheitsaktionären und Gläubigern, so daß für die Annahme einer Regelungslücke kein Raum ist; ebenso: Henssler, S. 99).

3) Emmerich-Sonnenschein, Konzernrecht, S. 205, 225 m.w.N.
4) Vgl. hierzu Martens, DB 1970, S. 868 ff., m.w.N.; Emmerich, Der GmbH-Konzern, S. 17.

5) Geßler/Kropff, AktG, Vorbem. 28 ff. vor § 311; a.A.: Lutter ZGR 1982, S. 267; Konzen, RdA 84, S. 67 m.w.N.

6) Larenz, Methodenlehre, S. 354; Koppensteiner ZGR 1973, S. 20 ff.

cc) Eingliederungskonzern

Auch im Konkurs eines eingegliederten Unternehmens bleibt die Hauptgesellschaft hiervon grundsätzlich unberührt. Denn die Hauptgesellschaft haftet zwar neben der eingegliederten Gesellschaft gemäß § 322 AktG als Gesamtschuldner; dies gibt jedoch lediglich den Gläubigern des eingegliederten Unternehmens einen weiteren Schuldner. Dieses bleibt hingegen nach wie vor selbst aus den von ihm geschlossenen Verträgen verpflichtet und hat gegen die Hauptgesellschaft lediglich einen Anspruch auf Verlustübernahme gemäß § 324 Abs. 3 AktG, der jedoch ebenfalls dem Gläubigerzugriff unterliegt.

dd) Durchgriffshaftung

Schließlich ist im Falle eines rechtsmißbräuchlichen, mißbilligenswerten Verhaltens der beherrschenden Gesellschaft, das auf die Umgehung gesetzlicher Vorschriften zielt, neben den vorab aufgeführten allgemeinen konzernrechtlichen Haftungstatbeständen ein Haftungsdurchgriff auf die herrschende Gesellschaft möglich¹⁾.

Aus Vorstehendem folgt, daß auch wirtschaftlich gesehen der Konkurs des einzelnen Unternehmens nicht den Konkurs des Gesamtkonzerns bzw. der Konzernobergesellschaft bedeutet. Jedoch haben die Gläubiger einer notleidenden Konzerngesellschaft unter Umständen Regreßansprüche gegen andere, insbesondere herrschende Konzerngesellschaften.

Auch wenn der Konzern eine wirtschaftliche Einheit bildet, so ist es gerade ein Vorteil seiner rechtlichen Vielfalt, das wirtschaftliche Risiko auf verschiedene

1) Vgl. Reuther/MüKo, vor § 21 BGB, Rdnr. 12 ff., insbesondere 24 ff.; Kraft, Kölner Komm., § 1 AktG, Rdnr. 60 ff.; Haberlandt, BB 1980, S. 847.

Rechtsträger zu verteilen. Das Gesetz kennt grundsätzlich die Berechtigung dieses Bestrebens an. Es will lediglich verhindern (jedoch nur unvollkommen), daß das wirtschaftliche Risiko des Unternehmens zu Lasten der Gläubiger (und Aktionäre) auf verschiedene Rechtsträger verteilt werden kann.

Grundsätzlich ist jedoch davon auszugehen, daß diese Vorschriften nach der Wertung des Gesetzgebers als Ausgleich für eine mögliche Veränderung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen innerhalb eines Konzerns durch die Ausübung von Leitungsmacht ausreichen¹⁾.

2. Stellung der anspruchsberechtigten Arbeitnehmer und Betriebsrentner im Konkurs eines Konzernunternehmens

Es gilt nunmehr die Frage zu klären, ob der Zweck der Insolvenzsicherungsvorschriften des § 7 BetrAVG vereitelt wird, wenn nach den vorhergehenden Überlegungen für den Fall des Konkurses eines Konzernunternehmens lediglich die Versorgungsansprüche als insolvenzgesichert angesehen werden, die (mittelbar oder unmittelbar) gegenüber dem konkursreifen Unternehmen bestehen. Auch die Arbeitnehmer und Pensionäre sind insoweit Gläubiger ihres Arbeitgeberunternehmens. Hat für diese etwas anders zu gelten, als für die übrigen Gesellschaftsgläubiger? Müssen diese auf den Konkurs des Gesamtkonzerns warten, bevor sie den PSVaG in Anspruch nehmen können, während die übrigen Gläubiger ihren Ausgleich bereits im Konkursverfahren der Arbeitgebergesellschaft suchen?

1) BGH vom 29.9.1982, NJW 1983, S. 569, 571 - ADAC-Urteil.

a) Konkurs eines außenstehenden Konzernunternehmens

Die Nachteiligkeit einer solchen, auf die wirtschaftliche Einheit des Konzern gerichteten Betrachtungsweise für die Arbeitnehmer wird offenbar, wenn nicht das Arbeitgeberunternehmen, das die Versorgungszusage erteilt hat, in Konkurs fällt, sondern ein anderes, außenstehendes Unternehmen. Daß dies in einem Unterordnungskonzern auch die Muttergesellschaft sein kann, die Tochtergesellschaft also weiterhin fortbesteht, zeigt der der Entscheidung des BAG vom 13.7.1973¹⁾ zugrundeliegende Sachverhalt.

In einem solchen Fall besteht zwischen dem konkursreifen Unternehmen und den anspruchsberechtigten Arbeitnehmern keine andere Verbindung, als daß das Arbeitgeberunternehmen mit dem Konkursunternehmen einen Konzern bildet.

Wollte man also generell im Falle des § 7 auf die wirtschaftliche Einheit des Konzerns abstellen, so hätte dies für Fälle der vorgenannten Art nicht nur zur Folge, daß entgegen dem Gesetzeswortlaut auf ein anderes, außenstehendes Unternehmen abgestellt würde, das unter keinen Umständen Arbeitgeber ist. Darüber hinaus würde eine solche Betrachtungsweise dem Gesetzeszweck offenkundig zuwiderlaufen, da die Versorgungsansprüche ja gar nicht durch eine Insolvenz bedroht wären.

b) Konkurs des Arbeitgeberunternehmens, das die Versorgungszusage erteilt hat

Fällt hingegen das Arbeitgeberunternehmen, das auch die Versorgungszusage erteilt hat, in Konkurs, so ist der Tatbestand des § 7 Abs. 1 BetrAVG verwirklicht. Ohne daß es darauf ankäme, daß der Konkurs des Unternehmens durch

1) AP Nr. 1 zu § 242 BGB Ruhegehalt - Konzern.

nachteilige konzernpolitische Maßnahmen verursacht wurde und daher andere Konzerngesellschaften dem konkursreifen Unternehmen ausgleichspflichtig sind, soll der (künftige) Versorgungsanspruch der Arbeitnehmer dieses Unternehmens insolvenzgesichert sein. Mit der Eröffnung des Konkursverfahrens gehen daher gemäß § 9 Abs. 2 BetrAVG Ansprüche und Anwartschaften auf Leistungen der betrieblichen Altersversorgung, die den Anspruch gegen den Träger der Insolvenzsicherung begründen, auf diesen über. Es findet also ein gesetzlicher Forderungsaustausch statt¹⁾. Dieser umfaßt auch die rückständigen Ansprüche für die Dauer von sechs Monaten vor Eröffnung des Konkursverfahrens²⁾. Da der Berechtigte somit seinen unmittelbaren Anspruch gegen den Arbeitgeber (Gemeinschuldner) verliert und stattdessen einen Anspruch gegen den PSVaG erhält, ist er auf eine Einstandspflicht der übrigen Konzernunternehmen nicht angewiesen. Soweit sich diese aufgrund allgemeiner vertraglicher Erklärung für die Erfüllung der Versorgungszusagen bereiterklärt haben, haften sie aufgrund dieser vertraglichen Vereinbarung weiter. Soweit sie jedoch aufgrund konzernrechtlicher Haftungsvorschriften ausgleichspflichtig sind, können derartige Ansprüche nur noch vom PSVaG geltend gemacht werden, da sie sich nur in der Verteilungsquote niederschlagen³⁾.

Wollte man daher im Rahmen des § 7 Abs. 1 darauf abstellen, daß der Konzern eine wirtschaftliche Einheit darstellt und deshalb maßgeblicher Anknüpfungspunkt des Gesetzes sei, führte dies dazu, daß eine Einstandspflicht des PSVaG erst bei Insolvenz des Gesamtkonzerns in Betracht käme. Bei der Insolvenz eines Konzernunternehmens müßten dagegen die übrigen Konzernunternehmen die Versorgungsverpflichtungen dieser Gesellschaft übernehmen.

1) BAG vom 12.4.1983, BB 83, S. 1826; BGH vom 8.3.1983, NJW 83, 120.

2) BGHZ 78, 73 = AP Nr. 5 zu § 7 BetrAVG; BAG AP Nr. 4 zu § 1 BetrAVG - zu II. 1. der Gründe.

3) Vgl. Höfer, BetrAVG § 7, Rdnr. 131; BAG DB 1983, S. 1826.

Abgesehen davon, daß bei einer derartigen Betrachtungsweise - angesichts der in der Regel hohen Versorgungsverbindlichkeiten - der Konkurs des einzelnen Konzernunternehmens auch die übrigen Konzernunternehmen (und damit auch die dort begründeten Versorgungsanwartschaften) gefährden würde¹⁾, hat sie Vorteile allenfalls für den PSVaG. Die Stellung des PSVaG im Konkurs eines Konzernunternehmens sollte aber durch die Insolvenzschutzregelung der §§ 7 ff. ebensowenig verbessert werden wie die des Arbeitgebers selbst²⁾.

- c) Konkurs eines außenstehenden Konzernunternehmens, das die Versorgungszusage erteilt hat

Als problematisch erweist sich jedoch der Fall, in dem die Versorgungszusage nicht vom Arbeitgeberunternehmen, sondern von einer außenstehenden Konzerngesellschaft erteilt wird. In diesem Fall sind mit dem Konkurs des die Versorgung zusagenden Konzernunternehmens möglicherweise die Versorgungsansprüche der Arbeitnehmer gefährdet, da dieses nicht mit dem Arbeitgeberunternehmen (im rechtlichen Sinn) identisch ist³⁾. Muß nicht in diesem Fall die wirtschaftliche Einheit des Konzerns dazu führen, auch den Konkurs des die Versorgung zusagenden Unternehmens als Sicherungsfall des § 7 Abs. 1 anzusehen?

In diesem Fall ist zu differenzieren.

1) Vgl. allgemein zu den auch aus Arbeitnehmersicht negativen Auswirkungen einer solchen Einheitsbetrachtung: Martens, Der GmbH-Konzern, S. 106, 111 ff.

2) Hommelhoff/Timm, KTS 1981, S. 300 f.

3) Vgl. den Fall in BAG AP Nr. 1 zu § 242 BGB Ruhegehalt Konzern.

aa) Versorgungszusage in Erfüllung des Arbeitsvertrages

Ergibt sich - wie meist - aus den Umständen, daß die zusagende Konzerngesellschaft an dem Arbeitsverhältnis zwischen der Arbeitbergergesellschaft und dem Arbeitnehmer anknüpfen wollte und die Zusage stellvertretend (§ 164 Abs. 2 BGB) für diese und als Gegenleistung (§ 267 BGB) für die dieser erbrachten "Betriebstreue" erteilt hat, so hat die Versorgungszusage auch hier ihre Grundlage im Arbeitsvertrag. Denn warum sollte eine selbständige Gesellschaft fremde Verbindlichkeiten in beträchtlicher Höhe übernehmen¹⁾?

Der Grund hierfür kann nur im Konzernsachverhalt zu finden sein und wird hier dadurch verständlich, daß es im übergeordneten Konzerninteresse liegt, die betriebliche Altersversorgung konzerndimensional durchzuführen. Aber auch in diesem Fall liegt der Grund, weshalb überhaupt eine Altersversorgung durchgeführt wird, darin, daß die Arbeitnehmer der jeweiligen Konzernunternehmen diesem über lange Zeit ihre Dienste erbracht haben. Die Entscheidung, diese Leistung zu vergüten, treffen aber die einzelnen Unternehmen, wenn auch eventuell erst auf Weisung der Konzernmutter hin. Die Entscheidung, die Versorgung zentral durchzuführen, ist dann lediglich organisatorischer und wirtschaftlicher Natur.

In der Zusage der Muttergesellschaft, Arbeitnehmern ihrer Tochtergesellschaft eine Altersversorgung zu gewähren, liegt also, da sich die Tochtergesellschaft in der Regel nicht selbst verpflichten will, regelmäßig eine im Namen der Tochter ausgesprochene mittelbare Versorgungszusage, die dem Arbeitnehmer einen unmittelbaren Rechtsanspruch gegen die Muttergesellschaft gibt. Sie nimmt am synallagmatischen Charakter des Arbeitsverhältnisses teil. Die außenstehende Konzerngesellschaft fungiert demgegenüber lediglich als "Zahlstelle" der im Arbeitsverhältnis begründeten Ver-

1) Blomeyer/Otto, BetrAVG, Einl. 36, 267.

pflichtung. Sie hat insofern die Funktion einer Konzernunterstützungskasse.

Für die Frage des rechtlichen Schicksals einer solchen Versorgungszusage seitens eines außenstehenden Konzernunternehmens ist es erforderlich, die Bedeutung der Unterscheidung in unmittelbare und mittelbare Altersversorgung zu klären.

Grundsätzlich ist die Entscheidung des Arbeitgebers zu billigen, ob er die Versorgungsleistung selbst erbringen will, oder ob er lediglich mittelbar für eine Altersversorgung seiner Arbeitnehmer sorgen will.

Dies hat auch der Gesetzgeber des BetrAVG anerkannt, indem er neben der unmittelbaren auch drei mittelbare Versorgungsarten geregelt hat.

Folglich ist der Verpflichtungsinhalt bei der unmittelbaren Versorgungszusage ein anderer als bei der mittelbaren: verpflichtet sich der Arbeitgeber bei jener, selbst Versorgungsleistungen zu erbringen, so verpflichtet er sich bei dieser nur, die Voraussetzungen dafür zu schaffen, daß ein anderer Versorgungsleistungen erbringt¹⁾. Der Arbeitgeber ist somit seinen Verpflichtungen in diesem Fall nachgekommen, wenn er alle Voraussetzungen der Versorgung geschaffen hat, die Leistungsbereitschaft also hergestellt ist. Jedoch würde der arbeitsvertragliche Entgeltcharakter der Versorgungszusage verkannt, wollte man die rechtliche Absicherung des Arbeitnehmers hinsichtlich seiner Altersversorgung ausschließlich der freien Gestaltung des Arbeitgebers überlassen. Denn dann wäre es in das Belieben des Arbeitgebers gestellt, ob der Arbeitnehmer einen klagbaren Anspruch auf Versorgungsleistung erhält oder nicht.²⁾ Zwar definiert auch § 1 Abs. IV S. 1 eine Unterstützungskasse als rechtsfähige "Versor-

1) Vgl. Höfer BetrAVG, Arb. Grdl., Rdnr. 86 ff.; Blomeyer, BB 80, 789 ff.; Höhne, BetrAVG § 1, Rdnr. 365.

2) Blomeyer/Otto, BetrAVG, Einl. Rdnr. 565, 574, 587.

gungseinrichtung, die auf ihre Leistungen keinen Rechtsanspruch gewährt". Diese Unterscheidung hat aber historische Bedeutung insofern, als ursprünglich mit dem Ausschluß eines Rechtsanspruchs die Versicherungsaufsicht für betriebliche Unterstützungseinrichtungen umgangen werden sollte¹⁾. Dies war in einer Zeit, da betriebliche Sozialleistungen als Ausfluß arbeitgeberischer Fürsorge, ja als Schenkung angesehen wurden, unproblematisch.

Mit zunehmender Bedeutung der betrieblichen Altersversorgung als Bestandteil des Arbeitslohns im weiteren Sinne kann dieser Aspekt aber keine Bedeutung mehr haben. Denn wenn die betrieblichen Versorgungsleistungen vermehrt in die individuelle Lohngestaltung einfließen, dann kann die Durchsetzbarkeit dieses Anspruchs nicht in das Belieben des Arbeitsgebers gestellt sein. Dem hat der Gesetzgeber in § 7 Abs. II S. 2 Rechnung getragen, wenn er denjenigen, denen eine an sich nicht durchsetzbare Versorgungszusage gem. § 1 Abs. IV gemacht worden ist, im Insolvenzfall des Trägerunternehmens einen durchsetzbaren Anspruch gegen den PSV zugesteht. Der Arbeitnehmer hat somit auch gegen eine Unterstützungskasse einen durchsetzbaren Anspruch, da diese durch die Aufnahme des Arbeitnehmers in den Kreis der Berechtigten einen Vertrauenstatbestand geschaffen hat, ihm im Versorgungsfall Leistungen zu gewähren. Auf diesen durfte der Arbeitnehmer auch vertrauen, da die betriebliche Altersversorgung spätestens seit Inkrafttreten des BetrAVG als Bestandteil betrieblicher Lohngestaltung anerkannt ist²⁾. Dann wäre es aber treuwidrig, ein erdientes Entgelt dem Arbeitnehmer unter Berufung auf die Vertragsfreiheit vorzuenthalten³⁾.

1) Höfer, BetrAVG Arb.Gr., Rdnr. 140; Blomeyer BetrAV 79, S. 83; BB 80, S. 789, jew. m.w.N.

2) Vgl. zur Verfassungsmäßigkeit dieser Regelung: BVerfG NJW 84, S. 476 ff.

3) Höfer, a.a.O., Arb.Gr., Rdnr. 145; Blomeyer, BetrAV 79, S. 83; Ders. BB 80, S. 794 jew.m.w.N. BAG v. 8.12.81, DB 1982, S. 46 (48) und 50; vgl. dazu, daß die zugesagte Altersversorgung kein direktes Entgelt für die Arbeitsleistung ist, sondern vielmehr zusätzlich die "Betriebstreue" des Arbeitnehmers abgilt: BAG v. 6.4.82, DB 1982, S. 1466 (1467).

Dieser Vertrauenstatbestand ist aber in erster Linie auch vom Arbeitgeber mit seiner Versorgungszusage geschaffen worden. Er haftet deshalb neben der Unterstützungskasse auch auf Leistung und nicht nur auf Leistungsbereitschaft. Dieser Gedanke ist auf die vorgenannten Fälle entsprechend anwendbar, wenn sich die Versorgungszusage seitens der außenstehenden Konzerngesellschaft als mittelbare Versorgungszusage des Arbeitgeberunternehmens darstellt.

Ist die als Unterstützungskasse fungierende Konzerngesellschaft zahlungsunfähig, so ist der Arbeitgeber Schadensersatzpflichtig, ohne daß es auf ein Verschulden des Arbeitgebers bei Fehlen der Deckungsmittel für die Kasse ankäme, § 279 BGB. Da dieser Schadensersatzanspruch ebenfalls auf dem Versorgungsversprechen beruht, ist auch er insolvenzgeschützt¹⁾.

bb) Versorgungszusage ohne Bezug zum Arbeitsvertrag

Hat dagegen die Konzernmutter ohne Wissen und Wollen oder gegen den erklärten Willen des Arbeitgebers dessen Arbeitnehmern eine Versorgungszusage erteilt, wäre es widersprüchlich, gleichwohl einen Rechtsbindungswillen des Arbeitgebers anzunehmen²⁾. Der Arbeitgeber sollte in diesem Fall gerade nicht an der Versorgungsregelung beteiligt werden. Die Versorgungszusage wäre dann von der zusagenden Gesellschaft gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 BGB kondizierbar, da sie nicht im Arbeitsvertrag begründet ist.

Denn die Versorgungszusage ist zwar Rechtsgrund für die Versorgungsleistung, die als nicht formbedürftiges Rechtsgeschäft auch von Nicht-Arbeitgebern wirksam zugesagt wer-

1) Blomeyer/Otto, BetrAVG, § 7 Rdnr. 72.

2) Vgl. Canaris, Vertrauenshaftung, S. 398.

den kann¹⁾. Mit der konkludenten Annahme durch den Arbeitnehmer kommt dann der Versorgungsvertrag zustande, der als solcher bereits eine vermögenswerte Leistung darstellt, da er einen unmittelbaren Anspruch auf Leistung gibt, ohne zu einer Gegenleistung zu verpflichten. Da in diesem Fall aber die synallagmatische Verknüpfung mit dem Arbeitsvertrag fehlt, ermangelt es dem Versorgungsversprechen an einem Rechtsgrund: denn in diesem Fall stellt es gerade keine Gegenleistung für erbrachte Betriebstreue dar; selbst der Fürsorgegedanke würde an der mangelnden Arbeitgebereigenschaft der zusagenden Konzerngesellschaft scheitern. Jedoch stünde einem Rückforderungsverlangen der zusagenden Konzerngesellschaft das gem. § 242 BGB zu berücksichtigende Vertrauen der Arbeitnehmer entgegen²⁾: denn gerade weil der Konzern zwar keine rechtliche, so aber doch eine wirtschaftliche Einheit bildet, kommt es innerhalb des Konzerns zu Funktionsverlagerungen. Der Arbeitnehmer findet sich gerade deshalb damit ab, daß er eine Versorgungszusage nicht von seinem Arbeitgeber erhält, weil er auf die wirtschaftliche Einheit vertraut. Er vertraut der Einhaltung einer Versorgungszusage durch ein anderes Unternehmen deshalb, weil er um die konzernrechtliche Verbindung weiß.

Dann wäre es aber treuwidrig, ihm die Versorgung aus Gründen, die im Bereich der Konzernorganisation liegen, vorzuenthalten, da er nur deshalb, weil er glaubte, bereits versorgt zu sein, seine Altersversorgung durch den Arbeitgeber vernachlässigt hat.

1) Die dann aber nicht gem. § 7 BetrAVG insolvenzgesichert wäre: vgl. BAG v. 4.8.81, DB 1981, S. 2544; Blomeyer/Otto, BetrAVG, § 7 Rdnr. 80, § 16 Rdnr. 53. Dies spricht für die Auslegung, daß die zusagende Konzernmutter insofern für ihre Töchter handelt. Im übrigen muß nicht jede Versorgungszusage automatisch insolvenzgeschützt sein: vgl. dazu, daß sich eine extensive Ausdehnung der Insolvenzschutzregeln auf "Altfälle" aus verfassungsrechtlichen Gründen verbietet: BVerfG NJW 84, S. 478.

2) Vgl. hierzu grundsätzlich Canaris, Vertrauenshaftung, S. 398 ff.; auch BAG AP Nr. 6, 8 zu § 242 BGB Ruhegehalt Unterstützungskasse; BAG AP Nr. 1 zu § 242 BGB Ruhegehalt - Konzern.

Hingegen kann ein derartiger Vertrauenstatbestand eine Einstandspflicht des PSVaG nicht begründen¹⁾.

Zu einem solchen Fall kann es nur kommen, wenn eine Verknüpfung der Versorgungszusage mit dem Arbeitsvertrag ausdrücklich nicht gewollt ist. Die Versorgungszusage stellt sich somit also von einem Nichtarbeitgeber erteilt dar, die gerade nicht aus Anlaß des Arbeitsverhältnisses gegeben wurde. Aus diesem Grunde ist eine solche Versorgungszusage auch nicht im Rahmen des § 6 a EStG berücksichtigungsfähig, da hierdurch das Arbeitgeberunternehmen gerade nicht von eigenen Verbindlichkeiten befreit werden sollte²⁾.

Umgekehrt ist die zusagende Konzerngesellschaft in einem derartigen Fall mangels Arbeitgebereneigenschaft nicht zur Beitragszahlung gemäß § 10 Abs. 1 BetrAVG verpflichtet. Eine Inanspruchnahme des Arbeitgebers selbst scheitert aber an dessen fehlenden vertraglichen Bindung.

Hieraus ergibt sich, daß ein derartiger Fall in der Praxis sehr selten sein dürfte, da in der Regel eine Anknüpfung an dem jeweiligen Arbeitsvertrag gewollt sein dürfte.

3. Wirtschaftliche Notlage des Arbeitgebers

Auch im Hinblick auf die Regelung in § 7 Abs. 1 S. 3 Nr. 3 und Abs. 5 S. 2 BetrAVG gebietet der Arbeitnehmerschutzgedanke es nicht, auf den Konzern bzw. die Konzernobergesellschaft als relevante Anknüpfungspunkte abzustellen.

1) Blomeyer/Otto, BetrAVG, § 7 Rdnr. 80;
Ebenso für den Fall der "herrenlosen" Unterstützungskasse: Höfer, BetrAVG, § 7, Rdnr. 110 a.

2) A.A.: Rau, in Heubeck/Höhne etc., BetrAVG, § 6 a EStG, Rdnr. 88 ff.

a) Bezugspunkt der Vorschrift

Aus dem Kontext dieser beiden Bestimmungen folgt, daß sie auf den drohenden Konkurs des Arbeitgebers abstellen. In § 7 Abs. 1 S. 3 Nr. 5 soll ermöglicht werden, den drohenden Konkurs des Arbeitgebers durch Kürzung bzw. Einstellung der Betriebsrenten zu verhindern. Dadurch soll der Tatsache Rechnung getragen werden, daß die betriebliche Altersversorgung von den Arbeitgebern durchgeführt werden soll und die Insolvenzsicherung lediglich ein subsidiäres Sicherungsmittel darstellt.

Soll aber durch eine solche Maßnahme der endgültige Sicherungsfall vermieden werden, so kann der Begriff "wirtschaftliche Notlage des Arbeitgebers" nicht auf einen anderen Sachverhalt abstellen, als der diesen Sicherungsfall beschreibende § 7 Abs. 1.

Dies gilt ebenso für § 7 Abs. 5 S. 2 BetrAVG, denn dort soll der PSVaG nicht in Anspruch genommen werden können, wenn "bei Erteilung der Zusage wegen der wirtschaftlichen Lage des Arbeitnehmers zu erwarten war, daß die Zusagen nicht erfüllt werden".

Dies setzt voraus, daß der PSVaG ansonsten in Anspruch genommen werden könnte, daß also ein Sicherungsfall des § 7 Abs. 1 droht. Der Begriff der wirtschaftlichen Lage des Arbeitgebers in daher in § 7 Abs. 5 ebensowenig auf den Konzern bezogen wie in § 7 Abs. 1.

b) Wirtschaftliche Lage des Konzernunternehmens

Dies bedeutet jedoch nicht, daß die wirtschaftliche Lage des Konzernunternehmens nicht durch den Konzernsachverhalt beeinflusst sein kann¹⁾.

Es kann in diesem Zusammenhang aber nur darauf ankommen, ob sich die wirtschaftliche Lage eines konkursreifen

1) Konzen, RdA 84 S. 79 m.w.N.

Gliedunternehmens dadurch verändert, daß es einen in seinem Konkurs relevanten Ausgleichsanspruch gegen ein anderes Konzernunternehmen hat¹⁾.

Die Frage, ob das einzelne Konkursunternehmen einen Ausgleichsanspruch gegen außenstehende Konzernunternehmen hat, beantwortet sich somit nach den oben unter 1. angeführten Kriterien.

aa) Unterordnungskonzern

So ist eine im Konkurs relevante Mitverpflichtung anderer Konzernunternehmen außer in den Fällen vertraglicher oder vertragsähnlicher²⁾ Einstandspflichten insbesondere dann denkbar, wenn ein außenstehendes Konzernunternehmen durch sein Verhalten bei den Gläubigern das Vertrauen erweckt hat, es würde für dessen Verbindlichkeiten einstehen³⁾. Gerade wegen der wirtschaftlichen Einheit des Konzerns wird einem solchen Verhalten, das darauf zielt, das Vertrauen der Gläubiger in die Solvenz des vertragschließenden Unternehmens zu bestärken, eine stärkere Bedeutung zukommen. Das außenstehende Konzernunternehmen muß sich dann auch an dem von ihm erweckten Vertrauens-
tatbestand festhalten lassen.

Darüber hinaus kommt eine konzernrechtliche Haftung gemäß §§ 302, 309, 317, 322 AktG in Betracht. Eine darüber hinausgehende Einstandspflicht fremder Konzernunterneh-

1) Vgl. zu der Frage, ob eine Eintrittspflicht dritter Konzernunternehmen dann gegeben ist, wenn diese die wirtschaftliche Zielsetzung liquidierter Konzernunternehmen fortführen, Henssler, S. 165 f.; bejahend dagegen: Schaub/Schusinski/Ströer, Altersvorsorge, S. 84.

2) Rehbinder, Konzernaußenrecht, S. 296 ff.

3) Ebenda, S. 303; Canaris, Vertrauenshaftung, S. 398 ff.

men im Konkurs des Arbeitgeberunternehmens ist aber auch im Bereich des BetrAVG nicht geboten.¹⁾ Denn durch Schaffung eines derartig weitreichenden Durchgriffs würde die von der Rechtsordnung vorgesehene rechtliche Vielfalt des Konzerns beseitigt, ohne daß dies der Schutzzweck der Norm erfordert. Denn die Rechte der anspruchsberechtigten Arbeitnehmer und Betriebsrentner sind durch die Einstandspflicht des PSVaG geschützt. Eine besondere schutzbedürftige Lage, die eine Besserstellung der Arbeitnehmer im Konkurs ihres Arbeitgeberunternehmens im Gegensatz zu den übrigen Gesellschaftsgläubigern rechtfertigen könnte, ist daher nicht ersichtlich.

bb) Gleichordnungskonzern

Für den Gleichordnungskonzern ergeben sich insofern keine Besonderheiten, als das Moment der haftungsbegründenden Fremdbeeinflussung entfällt. Ohne eine entsprechende Vereinbarung nimmt der Arbeitnehmer am Schicksal der übrigen Konzernunternehmen nicht teil. Eine besondere Gefahrenlage, die eine Einstandspflicht anderer Konzernunternehmen erforderlich macht, ist hier nicht gegeben.

4. Ergebnis

Als Ergebnis läßt sich somit festhalten, daß der Konzern auch im Rahmen der Insolvenzschutzvorschriften der §§ 7 ff. BetrAVG nicht als "wirtschaftlicher Arbeitgeber" im Sinne eines relevanten Anknüpfungstatbestandes anzusehen ist. Sowohl für die Beurteilung, ob ein Insolvenzfall im Sinne des § 7 Abs. 1 vorliegt, als auch für die Beurteilung der wirtschaftlichen Lage bzw. Notlage, kommt es grundsätzlich auf die Arbeitgebergesellschaft an. Deren wirtschaftliche Lage wird jedoch im Rahmen des allgemei-

1) Blomeyer/Otto, BetrAVG, Vor § 7 Rdnr. 72.

nen Privatrechts und der konzernrechtlichen Gläubigerschutzvorschriften auch durch Ansprüche gegenüber außenstehenden Konzerngesellschaften beeinflusst. Insoweit wirkt sich somit auch der Konzernsachverhalt auf die wirtschaftliche Lage des konkursreifen Konzernunternehmens aus.

Eine Besserstellung der Arbeitnehmer und Betriebsrentner im Konkurs eines Konzernunternehmens gegenüber den übrigen Gesellschaftsgläubigern durch die Konstruktion eines arbeitsrechtlichen Haftungsdurchgriffs ist nicht erforderlich. Soweit versorgungszusagendes und beschäftigendes Unternehmen identisch sind, ist eine Verbesserung der Arbeitnehmer im Konkurs des Konzernunternehmens nicht nötig, da an seine Stelle der PSVaG tritt.

Soweit die Versorgungszusage von einem anderen Unternehmen erteilt ist und dieses in Konkurs fällt, so ergibt in aller Regel die ergänzende Vertragsauslegung, daß die Versorgungszusage stellvertretend für das Arbeitgeberunternehmen für die diesem erbrachte Betriebstreue erteilt wurde. Ist die Versorgungszusage dagegen nicht mit dem Arbeitsvertrag verknüpft, ist sie mangels einer arbeitsvertraglichen Veranlassung keine insolvenzgeschützte Versorgungszusage im Sinne des BetrAVG. Eine Inanspruchnahme anderer Konzernunternehmen ist dann nur unter den Voraussetzungen möglich, unter denen auch die übrigen Gesellschaftsgläubiger Rückgriff nehmen können.

V. Wirtschaftliche Lage des Konzerns und Arbeitgeberstellung

Schließlich stellt sich die Frage, ob es Sinn und Zweck des BetrAVG nicht erfordert, zumindest bei der Anpassungsprüfung gem. § 16 und der hier erforderlichen Feststellung der wirtschaftlichen Lage des Arbeitgebers auf

die wirtschaftliche Einheit des Konzerns (bzw. auf die Konzernmutter im Unterordnungskonzern) abzustellen¹⁾.

Aber auch hier zeigt sich bei näherer Analyse der Vorschrift, daß weder der Konzern als solcher noch - im Falle eines Unterordnungskonzerns - die Konzernobergesellschaft als rechtliche Anknüpfungspunkte in Betracht kommen. Sie können (und müssen) nur als Faktor bei der Beurteilung der wirtschaftlichen Lage des Arbeitgebers Berücksichtigung finden²⁾.

Die Anpassungsprüfungspflicht obliegt dem (ehemaligen) Arbeitgeber als Folgelast aus dem Arbeitsvertragsverhältnis.

Dies zeigt sich schon daran, daß § 16 BetrAVG weiterhin vom Arbeitgeber spricht, obwohl die Eigenschaft des Verpflichteten, Arbeitgeber zu sein, mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses endete³⁾. Das Ruhestandsverhältnis hat aber seinen Ursprung in der Versorgungszusage, die ihrerseits Teil des Arbeitsvertrages wurde. Ohne Rückgriff auf das zugrunde liegende Arbeitsverhältnis wäre es ebenfalls nicht erklärbar, weshalb der (ehemalige) Arbeitgeber nicht nur die laufenden Versorgungsleistungen aus einer Direktzusage, sondern auch aus mittelbaren Versorgungszusagen wie der Direktversicherung, Pensions- und Unterstützungskasse zu überprüfen und gegebenenfalls anzupassen hat⁴⁾.

Arbeitgeber i.S.d. § 16 BetrAVG bleibt die Konzerngesellschaft, mit der der Betriebsrentner vorher arbeitsvertrag-

1) So - für den Unterordnungskonzern - Forsbach, BetrAV im Umbruch, S. 188, 192 ff.; Höfer, BetrAVG, § 16, Rdnr. 197 f.; Henssler, S. 160 ff. in anderem Zusammenhang für eine betriebsrentenrechtliche Gesamtbetrachtung des Konzerns: Hommelhoff/Timm, KTS 81, S. 314.

2) Blomeyer/Otto, BetrAVG, § 16 Rdnr. 214; Konzen, RdA 84, S. 79 f.

3) Blomeyer, RdA 77, S. 7, 10 f.; Schulin, Anm. zu BAG vom 19.5.81, EzA Nr. 11 zu § 16 BetrAVG (S. 146 f.) jew. m.w.N.; ähnl. jetzt auch BAG v. 22.3.83, DB 1983, S. 780 (S. 1982).

4) Vgl. BAG vom 14.8.80, AP Nr. 12 zu § 242 BGB Ruhegehalt - Unterstützungskassen; Kemper, Rechtsfragen, S. 28 f.

lich verbunden war. Auf ihre wirtschaftliche Lage ist abzustellen, sie allein ist auch verpflichtet, die Anpassungsprüfung vorzunehmen¹⁾. Zweck der Regelung ist es, einerseits die laufenden Betriebsrenten vor der Aushöhung durch die fortschreitende Geldentwertung zu bewahren, andererseits aber die Interessen des Arbeitgebers insoweit zu berücksichtigen, als daß er genügend Mittel behält, das Unternehmen, in dem die Betriebsrente begründet wurde, zu erhalten²⁾.

a) Konzern als "Arbeitgeber" i.S.d. § 16 BetrAVG

Falls das Interesse des Betriebsrentners an einer angemessenen Anpassung seiner Rente und das Interesse des ehemaligen Arbeitgebers, Mittel zur Fortführung seines Unternehmens zu behalten, kollidieren, soll im Interesse der Erhaltung von aktiven Arbeitsplätzen in diesem Unternehmen der Betriebsrentner zurückstehen³⁾.

Zwar ist die Ertragsfähigkeit des Unternehmens, dem der Betriebsrentner früher angehörte, nicht Geschäftsgrundlage der Versorgungszusage geworden, da diese die Gegenleistung für erbrachte Dienste darstellt⁴⁾.

Ebensowenig ist der Betriebsrentner aus allgemeinen Grundsätzen zur Rücksichtnahme auf den früheren Arbeitgeber oder auf die aktiven Arbeitnehmer "seines" Unternehmens verpflichtet. Mit dem Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Arbeitsverhältnis ist das rechtliche Band zwischen

1) So auch Forsbach, a.a.O., S. 193; Höfer, BetrAVG § 16, Anm. 197, LAG Düsseldorf/Köln vom 2.2.83, DB 1983, S. 890.

2) Blomeyer/Otto, BetrAVG, § 16 Rdnr. 6; deshalb ist auch der PSVaG nicht gem. § 16 BetrAVG verpflichtet; BAG vom 22.3.83, DB 83, S. 780 (1982); vgl. zum dogmatischen: Leitherer, S. 20; Blomeyer, RdA 83, S. 152, 154.

3) St. Rspr., vgl. nur BAG AP Nr. 5, 8 zu § 16 BetrAVG; BAG ZIP 1981, 1247; LAG Hamm v. 7.9.82, DB 1982, S. 2626.

4) BAG DB 1972, 1487 f.; Blomeyer, RdA 1977, S. 8.

ihm und dem Arbeitgeber gelöst¹⁾; der Arbeitsvertrag ist beendet und kann somit weder Rechte noch Pflichten erzeugen. Der Betriebsrentner ist aber auch aus der Solidargemeinschaft der Belegschaft ausgeschieden, wie sie durch BetrVG und MitbestG auch vom Gesetz anerkannt ist. Die rechtliche Zugehörigkeit zu dieser "Betriebsgemeinschaft" wurde durch die Existenz eines Arbeitsverhältnisses zum gleichen Arbeitgeber vermittelt²⁾. Aber auch tatsächlich ist der Betriebsrentner aus dieser engen Gemeinschaft ausgetreten. Seine Interessen decken sich, wie das Beispiel der Anpassungsprüfung zeigt, gerade nicht mehr mit denen der aktiven Arbeitnehmer³⁾.

Das Ruhestandsverhältnis begründet aber keine Pflicht zur Rücksichtnahme auf den Arbeitgeber, da lediglich der ehemalige Arbeitgeber noch Leistungen zu erbringen hat, der Rentner seiner Leistungspflicht aber bereits genügt hat⁴⁾.

Gleichwohl hat der Gesetzgeber mit § 16 eine Wertung getroffen, die dem Betriebsrentner eine Rücksichtnahme auferlegt. Denn mit dieser Vorschrift sollte dem ehemaligen Arbeitgeber die Möglichkeit gegeben werden, Mittel, die er an sich zur Anpassung seiner laufenden Rentenverpflichtungen an die Kostenentwicklung benötigt, zur Fortführung seines Unternehmens zu verwenden⁵⁾. Der Gesetzgeber hat hiermit der Erkenntnis Rechnung getragen, daß es weder aus volkswirtschaftlichen wie arbeitsmarktpolitischen Gründen wünschenswert ist, noch den Betriebsrentnern gedient ist, wenn die Wirtschaftsorganisation, die die Mittel der Betriebsrenten erwirtschaftet, durch ständige Erhöhung der Renten vernichtet wird. Denn dann würde das

1) Höfer BetrAVG § 1, Rdnr. 162 m.w.N.

2) Vgl. §§ 1, 5, 7, 8 BetrVG; vgl. zur Bezogenheit des BetrVG auf die aktiven Arbeitnehmer: § 2, Abs. I BetrVG, ausführlich hierzu: Blomeyer, RdA 1977, S. 10 f.

3) LAG Düsseldorf/Köln vom 15.9.82, DB 1983, S. 399.

4) Blomeyer, RdA 77, S. 7 ff; ders. BetrAVG, § 16 Rdnr. 9 f.

5) BAG AP Nr. 5, 8 zu § 16 BetrAVG; BAG ZIP 1981, S. 1247; Höfer BetrAVG § 16, Rdnr. 170.

"Huhn, das goldene Eier legt", letztlich "geschlachtet". Dies würde der Intention des Gesetzes aber zuwider laufen. Denn das Gesetz sieht die Unternehmen als die eigentlichen Träger dieser Altersversorgung an. Es wollte keine allgemeine Altersversicherung einführen, die lediglich von den Arbeitgebern finanziert werden sollte¹⁾.

Vielmehr sollte die betriebliche Altersversorgung wie bisher in erster Linie durch die Arbeitgeber durchgeführt werden. Erst wenn diese zahlungsunfähig würden, sollte eine Insolvenzsicherung eingreifen. Deshalb können die Betriebsrentner nicht sofort auf den PSV zurückgreifen, wenn der Arbeitgeber in Schwierigkeiten gerät, sondern müssen diesem zunächst die Möglichkeit geben, die wirtschaftliche Grundlage der Betriebsrenten zu sichern. Diese Verpflichtung entfällt aber, wenn eine Sanierung unmöglich und der Konkurs unabwendbar²⁾ ist, da dann ein Verzicht der Betriebsrentner sinnlos wird. Das gleiche gilt, wenn durch den Anpassungsverzicht nicht der Bestand des Unternehmens, in dem die Betriebsrentner ihre Versorgungszusage verdient haben, sichergestellt werden kann, sondern allenfalls irgendein anderes Unternehmen desselben Arbeitgebers³⁾.

Dies hat aber nicht zur Folge, daß die wirtschaftliche Lage der konkreten Wirtschaftsorganisation (= Unternehmen), die von der langjährigen Zugehörigkeit des Arbeitnehmers profitiert hat, für die Frage der Anpassungsprüfung irrelevant ist⁴⁾.

1) BAG DB 1983, S. 780 ff. (S. 1983).

2) BAG AP Nr. 9 zu § 61 KO; BAG v. 10.11.81, DB 1982, S. 1330 f.

3) BAG BB 1972, S. 317; BB 1975, S. 1114 f.

4) Blomeyer/Otto, BetrAVG, § 16 Rdnr. 214.

Denn hier stellt sich die Sachlage anders dar als bei der Frage der Kürzungsmöglichkeit der Betriebsrente durch den Arbeitgeber. Die Frage der Kürzung der Betriebsrenten bzw. der Versorgungszusage berührt den vertraglichen Anspruch selbst, weshalb hier der Grundsatz "pacta sunt servanda" in besonderem Maße eingreift¹⁾. Dagegen ist die Frage der späteren Anpassung der Betriebsrente an die Kostenentwicklung gerade nicht Vertragsinhalt geworden: auch das Gesetz hat mit § 16 BetrAVG keine "Anpassungsautomatik" begründet²⁾. Vielmehr hat das Gesetz dem Kaufkraftverlust der Betriebsrenten durch die ständige Geldentwertung begegnen wollen, ohne aber das Nominalwertprinzip aufgeben zu wollen³⁾. Deshalb hat es die Anpassung von weiteren Entscheidungen abhängig gemacht, die erst im Zeitpunkt der Anpassungsprüfung zu treffen sind. § 16 erfordert deshalb eine Abwägung zwischen den Belangen des Betriebsrentners und denen seines ehemaligen Arbeitgebers. Diese Abwägung hat aber immer unter Berücksichtigung der mit der Versorgungszusage honorierten Leistung des Arbeitnehmers, seiner langen Betriebs-treue, zu erfolgen. Denn diese Leistung ist nicht dem Arbeitgeber schlechthin zugute gekommen, sondern lediglich der Wirtschaftsorganisation des Arbeitgebers (= Unternehmen), der der Arbeitnehmer so lange Zeit angehört hat. Denn der Nutzen dieser langen Betriebszugehörigkeit liegt nicht nur in einer besonders langen Vertragstreue, sondern vielmehr auch in der durch die lang-jährige Eingliederung in diese Organisation bedingten Anpassung an die besonderen Anforderungen dieses Arbeitgebers⁴⁾. Die in § 16 geforderte Rücksichtnahme des Be-

1) BAG AP Nr. 104, 157 zu § 242 BGB Ruhegehalt; ebenso ausdrücklich Blomeyer, RdA 77, S. 9.

2) BAG ZIP 1981, S. 1247; Blomeyer/Otto, BetrAVG, § 16 Rdnr. 6 m.w.

3) Ausschlußbericht zum BetrAVG, BT 7/2843, S. 5; ähnlich bereits BAG AP Nr. 4 zu § 242 BGB Ruhegehalt - Geldentwertung.

4) BVerfG NJW 83, S. 617, 619 zum Kündigungsschutz lang-jährig beschäftigter Arbeitnehmer.

etriebsrentners auf die wirtschaftlichen Belange des Arbeitgebers kann also keine allgemeine Sorge des Betriebsrentners um die wirtschaftliche Prosperität des (ehemaligen) Arbeitgebers sein, dem der Betriebsrentner seine Vorleistung erbracht hat¹⁾.

Dies bedeutet für den Konzern, daß Anknüpfungspunkt der Anpassungsprüfung i.S.d. § 16 immer nur die Konzerngesellschaft sein kann, die mit dem (ehemaligen) Arbeitnehmer arbeitsvertraglich verbunden war. Nur sie schuldet die Betriebsrente als Gegenleistung aus dem Arbeitsverhältnis. Dann kann auch nur sie zur Prüfung der Anpassung verpflichtet sein.²⁾ Dies ändert sich auch nicht dadurch, daß der Arbeitnehmer teilweise oder sogar immer (etwa im Falle einer Personalgesellschaft) in Unternehmen anderer Konzerngesellschaften arbeitete. Denn auch in diesem Fall hat der Arbeitnehmer die geschuldete Arbeitsleistung seinem Vertragspartner gegenüber durch die Dienstleistung an den Dritten erbracht³⁾. Zwar ist die mit der langen Betriebszugehörigkeit einhergehende Anpassung in eine Wirtschaftsorganisation in diesem Fall auch einem Dritten zugute gekommen. Wie aber bereits oben dargelegt, ist es nicht Voraussetzung der Versorgungszusage, daß sich der Erfolg der langen Betriebstreue auch später noch im Unternehmen des Arbeitgebers, der zur Rentenzahlung verpflichtet ist, niederschlägt⁴⁾. Vielmehr kann sich der (ehemalige) Arbeitgeber (vom Fall des Widerrufs gem. § 7 Abs. 1 Nr. 5 einmal abgesehen) nur im Falle der Anpassungsprüfung gem. § 16 darauf berufen, die Erhaltung der Wirtschaftsorganisation, der die Betriebstreue zugute gekommen ist, erlaube keine Anpassung der Betriebsrente. Nur insofern ist es (für den Arbeitgeber) also

1) BAG v. 10.11.81, DB 82, S. 1330 f.; insoweit ebenso LAG Düsseldorf/Köln vom 3.1.81, BB 82, S. 312.

2) Blomeyer/Otto, BetrAVG, § 16 Rdnr. 53, 214 f.

3) S. oben Kap. 5 B II 2 und Kap. 6 B III 2.

4) Blomeyer RdA 1977, S. 9.

relevant, ob er selbst oder Dritte von der Betriebstreue des (ehemaligen) Arbeitnehmers profitiert haben. Das Gesetz legt dem Betriebsrentner eine Pflicht zur Rücksichtnahme nur auf, als dadurch das Unternehmen des Arbeitgebers, dem diese Vorleistung aus dem Arbeitsvertrag zugute gekommen ist, erhalten werden kann.

Nur insofern besteht ein sachlicher Grund, den Betriebsrentner zur Rücksichtnahme auch auf die aktiven Arbeitnehmer zu verpflichten¹⁾.

Auch der zur Arbeitsleistung in einem fremden Konzernunternehmen überlassene Arbeitnehmer erbringt seine Betriebstreue auf Grund des Arbeitsvertrages und in Erwartung der versprochenen Versorgungsleistung seinem Arbeitsvertragspartner. Nur von ihm hat er eine Gegenleistung auf Grund vertraglicher Vereinbarungen zu erwarten, die durch die Regelung des § 16 in ihrem wertmäßigen Bestand gesichert werden soll. Gerade darin, daß die Betriebstreue auf Grund des um die Versorgungszusage erweiterten Arbeitsvertrages²⁾ erbracht wird, offenbart sich der Entgeltcharakter der Versorgungszusage³⁾.

Insofern kann der Arbeitsvertragspartner von ihm im Falle einer Anpassungsprüfung gem. § 16 Rücksichtnahme verlangen, wenn dies erforderlich ist, dieses konkrete Unternehmen (und sei es die Personalgesellschaft) und damit Arbeitsplätze zu erhalten. Daß der "Leiharbeitnehmer" darüber hinaus möglicherweise auch einem dritten Unternehmen lange Zeit angehört hat und dieses davon profitiert hat, ist für die betriebliche Altersversorgung irrelevant: weder hat der Arbeitnehmer diesem Dritten in

1) BAG vom 19.5.81 EzA Nr. 11 zu § 16 BetrAVG, S. 142.

2) Vgl. Höfer BetrAVG, Arb.Gr., Rdnr. 156.

3) BAG vom 17.1.80 AP Nr. 7, 8 zu § 16 BetrAVG.

Erwartung einer von diesem versprochenen Versorgungsleistung so lange gedient, noch kann der Arbeitgeber im Falle einer Anpassungsprüfung gem. § 16 vom Betriebsrentner Rücksichtnahme auf die wirtschaftliche Lage dieses Dritten verlangen.

Denn mit diesem Dritten ist und war der Betriebsrentner zu keiner Zeit verbunden, so daß jede sachliche Rechtfertigung für eine Rücksichtnahmeverpflichtung fehlt.

Eine Einheitsbetrachtung würde dagegen dem Betriebsrentner im Konflikt seines Interesses an der wertmäßigen Sicherung seines vertraglichen Anspruches mit den Interessen seines Arbeitgebers eine Verpflichtung zur Rücksichtnahme auf die Belange Dritter auferlegen, mit denen er nie vertraglich verbunden war.

Etwas anderes gilt gem. §§ 322 Abs. 1 AktG, 421 BGB nur für den Eingliederungskonzern. Zwar ist auch hier die jeweilige Konzerngesellschaft rechtlich selbständig und daher Arbeitsvertragspartner "ihrer" Arbeitnehmer. Jedoch haftet die Hauptgesellschaft in diesem Fall, anders als z.B. gem. § 302 AktG, den Gläubigern der eingegliederten Gesellschaft gem. § 322 Abs. 1 AktG unmittelbar als Gesamtschuldner. Hierdurch wird die Obergesellschaft zwar nicht Vertragspartner der mit der eingegliederten Gesellschaft verbundenen Arbeitnehmer; jedoch trifft sie gem. § 421 BGB die originäre Leistungspflicht aus dem Schuldverhältnis¹⁾.

1) Emmerich-Sonnenschein, Konzernrecht, S. 92; Geßler, ZGR 1978, S. 264; a.A.: Biedenkopf-Koppensteiner, Kölner Komm., § 322 AktG, Rdnr. 12 f., eine derartige Einschränkung des § 322 Abs. 1 AktG ist aber mit dem Wortlaut des Gesetzes kaum zu vereinbaren.

Richtet sich somit der Prüfungsanspruch i.S.d. § 16 des Betriebsrentners als Folgeverpflichtung aus dem Arbeitsverhältnis unmittelbar gegen die Obergesellschaft, so muß bei der Beurteilung der "wirtschaftlichen Lage des Arbeitgebers" auch die wirtschaftliche Lage der Obergesellschaft maßgeblich sein, da ansonsten dem Gläubigerschutzgedanken des § 322 Abs. 1 AktG nicht genügt würde. Denn durch die Anordnung der gesamtschuldnerischen Haftung soll gerade der Tatsache Rechnung getragen werden, daß die wirtschaftliche Lage eines eingegliederten Unternehmens für den Rechtsverkehr bedeutungslos ist.

Diese Überlegungen lassen sich jedoch nicht auf die Haftung der Konzernobergesellschaft gem. §§ 302, 311, 317 AktG übertragen. In diesem Fall besteht lediglich ein Anspruch der abhängigen Gesellschaft gegen die Konzernmutter, den die Gläubiger lediglich (auch) geltend machen können¹⁾.

b) Beeinflussung des Gesellschaftsergebnisses durch konzernpolitische Entscheidungen

Eine andere Frage hingegen ist, ob und gegebenenfalls wie der Konzernsachverhalt bei der Prüfung der "wirtschaftlichen Belange" der jeweiligen Arbeitgeber-Konzerngesellschaft eine Rolle spielt. Diese Frage stellt sich insbesondere, wenn die wirtschaftliche Lage der betreffenden Konzerngesellschaft auf Grund wirtschaftlicher Abhängigkeit oder eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages beliebig beeinflussbar ist. Denn dann hinge die Anpassung der Betriebsrenten möglicherweise von den Zufälligkeiten der Interessenlage im Konzern ab²⁾.

Auch hier führt eine pauschalierende Einheitsbetrachtung

1) Emmerich-Sonnenschein, Konzernrecht, S. 110, 167 ff.

2) So Forsbach, Anpassungsprüfung im Konzern, S. 194; Henssler, S. 160 f.; Höfer, BetrAVG, § 16, Rdnr. 198 a f. Blomeyer/Otto, BetrAVG, § 16 Rdnr. 214.

nicht weiter. Denn dies hätte zur Folge, daß der Konzern im Ergebnis doch als Arbeitgeber i.S.d. § 16 anzusehen wäre und der Betriebsrentner ungeachtet seiner vertraglichen Ansprüche zur Rücksichtnahme gegenüber allen Konzernunternehmen verpflichtet wäre. Dies würde aber den Konzern ohne Rücksicht auf seine unterschiedliche rechtliche Gliederung zu einem Einheitsunternehmen machen. Ein Bedürfnis, im Rahmen der Prüfung der wirtschaftlichen Belange des Arbeitgebers, den Konzernsachverhalt zu berücksichtigen, stellt sich aber nicht, solange die einzelnen Konzernunternehmen ihre Wirtschaftslage frei und autonom bestimmen können.

Treffen sie zu Gunsten eines übergeordneten, gemeinsamen Konzerninteresses im Einzelfall eine für das jeweilige Unternehmen nachteilige Entscheidung, so ist die Auswirkung dieser Entscheidung auf die Ertragslage des Unternehmens und damit auf die Gläubigeransprüche wie jede andere Unternehmensentscheidung von den Gläubigern grundsätzlich hinzunehmen. Denn in der Frage, wie sie am besten ihren Gewinn erwirtschaften, sind die Unternehmer grundsätzlich frei; im Falle einer Fehlkalkulation haftet nicht derjenige den Gläubigern seines Vertragspartners, dem die Vorteile des Geschäfts zugute gekommen sind. Deshalb scheiden Gleichordnungskonzerne für die vorliegende Betrachtung von vornherein aus, da die beteiligten Unternehmen ihr wirtschaftliches Ergebnis frei bestimmen können.

Anders stellt sich dagegen die Lage in einem Unterordnungskonzern dar, da hier das wirtschaftliche Ergebnis des jeweiligen Konzernunternehmens entweder kraft faktischer oder rechtlicher Beeinflussung und Leitungsmacht von dritter Seite beeinflußbar ist. Da § 16 ausdrücklich auf diese "wirtschaftliche Lage" des Arbeitgebers abstellt, ist eine derartige Fremdbeeinflussung auch im Verhältnis zu den Betriebsrentnern relevant¹⁾. Denn die

1) So auch Henssler, S. 161.

(von außen beeinflussbare) wirtschaftliche Lage des Arbeitgebers ist Bemessungsgrundlage seiner Prüfungspflicht und eventuell erforderlichen Anpassung.

Gleichwohl kann eine derartige Fremdbeeinflussung nur dort für die Anpassungsprüfung relevant werden, wo sie auch als rechtlich relevant anerkannt ist¹⁾.

Dies bedeutet, daß es für die Anpassungsprüfung des Arbeitgebers im Konzern dann auf die wirtschaftliche Lage der Konzernobergesellschaft ankommt, wenn die Arbeitgebergesellschaft mit der Konzernmutter einen Gewinnabführungsvertrag gem. § 291 Abs. 1 AktG geschlossen hat. Denn ein derartiger Gewinnabführungsvertrag ist nicht nur ein bloßer schuldrechtlicher Austauschvertrag²⁾, sondern begründet als Organisationsvertrag eine unmittelbare rechtliche Zuständigkeit der Konzernmutter an dem von der Konzerntochter erwirtschafteten Ergebnis³⁾. Dieses wird unmittelbarer Bestandteil des Einkommens der Konzernmutter, weshalb diese gem. § 302 AktG auch zum Verlustausgleich verpflichtet ist. Ist eine "wirtschaftliche Lage" des Arbeitgebers somit nicht mehr feststellbar, weil dieser nicht (mehr) für sich wirtschaftet, so ist es gerechtfertigt, statt dessen die wirtschaftliche Lage desjenigen für die Anpassungsprüfung heranzuziehen, dem die wirtschaftliche Tätigkeit des Arbeitgebers unmittelbar zugute kommt⁴⁾.

Eine ähnliche Wertung hat der Gesetzgeber des AktG aber auch im Falle des Abschlusses eines Beherrschungsvertrages gem. § 291 Abs. 1 AktG getroffen. Zwar wird in diesem Fall das von der Konzerntochter erwirtschaftete Ergebnis nicht unmittelbar Bestandteil des Einkommens der

1) Ebenso Blomeyer/Otto, BetrAVG, § 16 Rdnr. 214.

2) Emmerich-Sonnenschein, S. 116 f.; Biedenkopf-Koppensteiner, Kölner Komm. § 291 AktG, Rdnr. 20, jew. m.w.N.

3) Emmerich-Sonnenschein, S. 117; Forsbach, BetrAV im Umbruch, S. 193 ff.; ebenso für das Steuerrecht: Tipke, Steuerrecht, S. 321.

4) Blomeyer/Otto, BetrAVG, § 16 Rdnr. 219; a.A.: Konzen, RdA 84, S. 79 f.

Konzernmutter¹⁾. Jedoch wird durch den Beherrschungsvertrag die Organisationszuständigkeit innerhalb der abhängigen Konzernunternehmen derart verändert, daß die Verteilung von Gewinn und Verlust innerhalb des Konzerns nahezu ausschließlich von Entscheidungen der Konzernmutter abhängig ist. Das einzelne Konzernunternehmen hat zwar noch ein eigenes Wirtschaftsergebnis. Dieses spiegelt auf Grund der umfassenden Weisungsbefugnis aber nicht mehr die wirtschaftliche Lage dieses Unternehmens wider, sondern ist allenfalls ein Teilergebnis des Gesamtkonzerns. Dies hat der Gesetzgeber anerkannt, indem er die herrschende Gesellschaft zum Verlustausgleich gem. § 302 Abs. 1 AktG verpflichtet hat. Aus dem gleichen Grund haftet die Konzernmutter gem. § 309 AktG i.V.m. § 31 BGB ihren abhängigen Töchtern für schädigende Weisungen ihres Vorstandes²⁾. Da die Arbeitgebergesellschaft ihr wirtschaftliches Ergebnis nicht mehr selbst bestimmen kann, kann ihre wirtschaftliche Lage auch nur unter Berücksichtigung des Gesamtkonzernergebnisses ermittelt werden³⁾.

Dagegen hat sich gem. § 311 AktG das herrschende Unternehmen in einem faktischen Unterordnungskonzern grundsätzlich jeder nachteiligen Einflußnahme zu enthalten, es sei denn, daß die nachteiligen Folgen von dem herrschenden Unternehmen ausgeglichen werden⁴⁾.

1) Vgl. Begr. zum RegE, bei Kropff, S. 373 ff.; Forsbach, a.a.O., S. 193 ff.

2) Emmerich-Sonnenschein, S. 165; Geßler, AktG § 309, Rdnr. 53; Biedenkopf-Koppensteiner, Kölner Komm., § 309 AktG, Rdnr. 14 f.

3) Blomeyer/Otto, BetrAVG, § 16 Rdnr. 218; so wohl auch BAG v. 19.5.81, EzA Nr. 11 zu § 16 BetrAVG, S. 144 f. = NJW 1982, S. 350 = ZIP 1981, S. 1246; v. 17.1.80, AP Nr. 8 zu § 16 BetrAVG, nur unter dieser Voraussetzung ist den beiden Entscheidungen des LAG Düsseldorf/Köln v. 3.7.81, BB 1982, S. 312 und v. 15.9.82 DB 1983, S. 398, zuzustimmen.

4) Emmerich-Sonnenschein, S. 204; Geßler, ZHR 145 (1981), S. 458.

Darüber hinaus ist die Konzernmutter für das wirtschaftliche Schicksal der Töchter nur verantwortlich, wenn sie ihre tatsächliche Leitungsmacht dazu benutzt, die Konzerntöchter nachteilig zu beeinflussen, §§ 311, 317 AktG.

Mit dieser Regelung ist ebenfalls der Tatsache Rechnung getragen worden, daß auch der faktische Unterordnungskonzern eine wirtschaftliche Einheit darstellt, die im Einzelfall eine Benachteiligung der abhängigen Konzernunternehmen zu Gunsten eines übergeordneten Konzerninteresses zur Folge haben kann. Hier soll aber, entgegen der grundsätzlichen rechtlichen Selbständigkeit der Konzernunternehmen, die herrschende Gesellschaft im Interesse des Gläubigers und Minderheitenschutzes für derartige tatsächlich zugefügten Nachteile verantwortlich sein. Dann muß eine derartige Verantwortlichkeit aber auch für die Feststellung der wirtschaftlichen Lage des Arbeitgebers gem. § 16 BetrAVG relevant sein¹⁾.

c) Orientierung der Betriebsrente am Konzernergebnis

Ergab sich die Relevanz des Konzernsachverhalts für die Feststellung der wirtschaftlichen Lage des Arbeitgebers gem. § 16 BetrAVG bisher aus gesellschaftsrechtlichen Aspekten, so muß dies um einen allgemeinen vertraglichen Aspekt erweitert werden²⁾. Denn auch die Auslegung der Versorgungsvereinbarung kann ergeben, daß sich die Prüfung der Anpassung der Betriebsrenten an die allgemeine Kostenentwicklung nicht an der wirtschaftlichen Lage des Arbeitgebers ausrichten soll, sondern an der eines Dritten. Eine solche vertragliche Vereinbarung einer Anpassungsprüfung wäre gem. § 305 BGB zulässig und verstieße

1) BAG vom 17.1.80 AP Nr. 8 zu § 16 BetrAVG; vom 19.5.81, EzA Nr. 11 zu § 16 BetrAVG; ähnlich Henssler, S. 161; Blomeyer/Otto, BetrAVG, § 16 Rdnr. 220.

2) Rehbinder, Konzernaußenrecht, S. 24.

auch nicht gegen § 3 WährG, da die Anpassung - ebenso wie in § 16 BetrAVG - nicht automatisch erfolgen soll, sondern von zusätzlichen Entscheidungen abhängen soll, die erst im Zeitpunkt der Anpassungsprüfung zu treffen sind.

Die Anpassung stünde dann unter einem genehmigungsfreien Leistungsvorbehalt¹⁾. Ein Kriterium dieses Leistungsvorbehalts kann aber auch die wirtschaftliche Lage eines Dritten sein.

Dasselbe würde gelten, wenn die Auslegung der Versorgungszusage ergäbe, daß für sie der ganze Konzern oder aber die Konzernmutter haften solle. Im Fall einer derartigen Abweichung vom Normalfall der gesetzlichen Regelung müßte die Auslegung ergeben, daß dann, wenn sich mehrere zu einer einheitlichen Versorgungszusage verpflichten, auch für die Frage der Anpassungsprüfung i.S.d. § 16 auf die wirtschaftliche Lage aller Zusagenden abzustellen ist²⁾.

Aber auch, wenn eine rechtliche Mitverpflichtung anderer Konzernunternehmen nicht beabsichtigt war, kann sich etwas anderes aus dem Grundsatz der Vertrauenshaftung ergeben³⁾. Falls ein entsprechendes Verhalten fremder Konzernunternehmen bei den Arbeitnehmern einen berechtigten Vertrauenstatbestand erzeugt, müssen sie sich daran festhalten lassen. Die Vertrauens Erwartung, der gesamte Konzern hafte für die Versorgungszusage, wirkt sich dann aber auch im Bereich der Anpassungsprüfung gem. § 16 aus, da diese gesetzliche Verpflichtung eng an die Versorgungszusage anknüpft.

Zwar wird durch § 16 nur der Arbeitgeber zur Anpassungsprüfung verpflichtet, Bemessungsgrundlage muß aber die

1) V. Maydell, MüKo BGB, § 244, Rdnr. 23 m.w.N.

2) Vgl. Blomeyer/Otto, BetrAVG, § 16 Rdnr. 215.

3) Vgl. Canaris, Vertrauenshaftung, S. 386 ff.; BAG vom 13.7.73, AP Nr. 1 zu § 242 BGB Ruhegehalt - Konzern.

wirtschaftliche Lage aller aus der Versorgungszulage (scheinbar) Verpflichteter sein¹⁾.

VI. Steuerrechtliche Erwägungen

Schließlich stellt sich die Frage, ob für die Frage der Berechnung der Unverfallbarkeitsfristen in § 1 Abs. I S. 1 BetrAVG aus steuerrechtlichen Erwägungen auf die Konzernzugehörigkeit von Arbeitnehmern abgestellt werden muß²⁾.

Zwar folgt das Steuerrecht grundsätzlich dem allgemeinen Zivil- und Handelsrecht, da es an die wirtschaftlichen Ergebnisse des Rechtsverkehrs anknüpft, um diese einer Besteuerung zu unterwerfen. Das Zivilrecht enthält den organisatorischen Rahmen und die rechtlichen Instrumente für diesen Rechtsverkehr³⁾. Das Steuerrecht verfolgt jedoch ganz andere Zwecke als das Zivilrecht und knüpft daher vornehmlich an wirtschaftliche Vorgänge und Zustände an, so daß es nicht möglich ist, unbesehen die Terminologie des Steuerrechts in das Zivilrecht zu übertragen und umgekehrt⁴⁾.

Ergeben sich schon von daher grundsätzliche Bedenken gegen eine Übertragung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise des Steuerrechts (§ 41 AO) in andere Rechtsgebiete, so verstärken sich diese durch die Feststellung, daß auch das Steuerrecht grundsätzlich von der rechtlichen Selbständigkeit der Konzernunternehmen ausgeht.

Nur in den Fällen einer steuerrechtlichen Organschaft⁵⁾

1) Ebenso BAG vom 19.5.81 EzA Nr. 11 zu § 16 BetrAVG, S. 144; Höfer BetrAVG, § 16, Rdnr. 198 a und b.

2) Rey BB 1982, S. 652 ff.; Beye, BetrAV 75, S. 208 (211); andeutungsweise Henssler, S. 154.

3) Tipke, Steuerrecht, S. 8

4) Ebenda, S. 9, S. 97 ff.

5) Vgl. § 2 Abs. II UStG; § 14 KStG.

überwiegt die wirtschaftliche Betrachtungsweise, den Konzern als Einheit zu betrachten. Jedoch zwingt auch die Feststellung, daß unterschiedliche zivilrechtliche Gestaltungen unterschiedliche steuerrechtliche Folgen nach sich ziehen, nicht zu dem Ergebnis, der Gesetzgeber habe mit dem Begriff der Betriebszugehörigkeit in § 1 Abs. I S. 1 2. Alt. BetrAVG die Konzernzugehörigkeit gemeint¹⁾.

Denn selbst wenn die Finanzverwaltung zu Recht die Pensionsrückstellungen für Arbeitnehmer, die innerhalb eines Konzerns wechseln, nur im begrenzten Umfange berücksichtigte²⁾, so heißt das nicht, daß eine solche Anrechnung im Konzern generell ausgeschlossen wäre³⁾. Denn eine konzernweite Altersversorgung ist z.B. unstreitig mittels einer Konzernunterstützungskasse problemlos möglich⁴⁾. Sind aber nur bestimmte rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten steuerschädlich, so läßt sich hieraus nicht ableiten, eine konzernweite Altersversorgung sei aus steuerrechtlichen Gründen nicht möglich. Der Normzweck des BetrAVG, sowohl die Mobilität der Arbeitnehmer unter Wahrung ihrer erdienten Versorgungsanswartschaften zu erleichtern als auch die Finanzierung der Versorgung durch steuerrechtliche Berücksichtigung der Versorgungszusagen zu erleichtern, läßt sich somit erreichen, ohne vom Prinzip der rechtlichen Vielfalt im Konzern abzuweichen.

1) Diesen Schluß scheint aber Rey BB 82, S. 652, 654 zu ziehen; wie hier: FG Köln, Urteil v. 21.11.83, VI 375/79 K.

2) Vgl. hierzu den Erlaß des Niedersächsischen Finanzministeriums vom 13.1.78, S. 2176 - 23 - 311, unter 3 d, abgedruckt in BetrAV 1980, S. 71.

3) Vgl. auch Abschn. 41 Abs. 11 und 12 der EStR, die durchaus die Möglichkeit vertraglicher Anrechnung von Konzerndienstzeiten anerkennen.

4) Vgl. zu den Vorteilen einer Konzernunterstützungskasse allgemein Blomeyer BB 80, 792; zur steuerrechtlichen Behandlung: Schaub/Schusinski/Ströer, § 30 II 1, § 31 I 1, II 1 d.

VII. Ergebnis

Arbeitgeber i.S.d. BetrAVG ist immer die jeweilige Konzerngesellschaft, mit der der Arbeitnehmer den Arbeitsvertrag geschlossen hat. Auch bei Arbeitsverhältnissen mit Drittberührung innerhalb eines Konzerns ist Arbeitgeber grundsätzlich nur der Arbeitsvertragspartner. Weder Wortlaut und Systematik noch der soziale Schutzzweck des BetrAVG erfordern, die rechtliche Vielfalt des Konzerns zu Gunsten einer Einheitsbetrachtung aufzugeben. Im Interesse der Einheit der Rechtsordnung ist deshalb auch für das BetrAVG am Konzernbegriff, wie er in seinen Grundzügen durch das AktG festgelegt worden ist, festzuhalten.

Auch die Verteilung der Arbeitgeberfunktionen auf verschiedene Konzernunternehmen im Falle eines Arbeitsverhältnisses mit Drittberührung erfordert weder, den Konzern als Gesamtarbeitgeber anzusehen, noch als Arbeitgeber i.S. eines aufgespaltenen Arbeitgeberbegriffs. Ausgehend von der alleinigen Relevanz des Arbeitsvertrages für die Regelung der Rechtsbeziehungen aller Beteiligten lassen sich die hier auftretenden Probleme befriedigend mit dem Instrumentarium des allgemeinen Privatrechts sowie des gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes lösen. Der Konzernsachverhalt kann aber bei der Auslegung rechtsgeschäftiger Willenserklärungen konzernzugehöriger Unternehmen eine Rolle spielen.

7. Kapitel: Ergebnisse

Folgende Ergebnisse lassen sich zusammenfassen:

1. Die Versorgungszusage stellt die Gegenleistung für die auf Grund des Arbeitsvertrages erbrachte langjährige Verbundenheit mit dem Arbeitgeber in dessen Unternehmen (= Betriebstreue) dar; sie erweitert den Arbeitsvertrag und wird dessen Bestandteil. Sie ist eine vertragliche Entgeltleistung des Arbeitgebers neben dem Arbeitslohn ("Soziallohn"). Sowohl die Versorgungszusage als auch die Betriebstreue sind Leistungen, die die Partner des Arbeitsvertrages auf dessen Grundlage einander erbringen.

Da das Betriebsrentengesetz keine neuen Ansprüche schaffen, sondern nur bestehende regeln wollte, knüpft es in seinen Tatbestandsmerkmalen allein an die zwischen den Arbeitsvertragsparteien bestehenden Absprachen an.

2. Der Arbeitnehmerschutzgedanke rechtfertigt es auch nicht, die Betriebszugehörigkeit i.S.d. § 1 Abs. I S. 1 BetrAVG als Konzernzugehörigkeit aufzufassen.
3. Der Konzern stellt auch im Arbeitsrecht keine eigene Rechtspersönlichkeit dar, die Anknüpfungspunkt von Rechten und Pflichten sein könnte. Er kann somit als solcher nicht Partner eines Arbeitsvertrages und damit Arbeitgeber sein.
4. Außenstehende Konzernunternehmen werden regelmäßig nicht Partner des Arbeitsvertrages zwischen Arbeitnehmer und Gliedgesellschaft. Etwas anderes kann nur gelten bei entsprechenden Vereinbarungen, die auch durch schlüssiges Verhalten zustande kommen können.

Daneben kann eine Haftung außenstehender Konzerngesellschaften kraft schuldhaft veranlaßten Rechtscheins für Versorgungsverbindlichkeiten gegeben sein.

Sowohl für die Annahme eines konkludent erklärten Vertragsschlusses als auch für eine Vertrauenshaftung reicht die Verwirklichung eines Konzernierungstatbestandes sowie die Ausübung der konzernrechtlichen Leitungsmacht allein nicht aus.

5. Der Konzern ist im Bereich des Betriebsrentengesetzes auch nicht "wirtschaftlicher Arbeitgeber" der Arbeitnehmer im Konzern.

Betriebszugehörigkeit im Sinne dieser Vorschrift ist vielmehr als Unternehmenszugehörigkeit zu verstehen. Die Reichweite des Unternehmens wird durch seinen Rechtsträger bestimmt. Dies bedeutet, daß eine rechtliche Unterbrechung der Unternehmenszugehörigkeit durch eine rechtliche Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses eintritt. Jedoch kann eine Anrechnung der Vor dienstzeiten in anderen Konzernunternehmen vertraglich vereinbart werden.

6. Auch bei Arbeitsverhältnissen mit Drittberührung im Konzern bleibt das Konzernunternehmen, mit dem der Arbeitsvertrag geschlossen wurde, alleiniger Arbeitgeber. Das entleihende Unternehmen übt lediglich abgeleitete Rechte aus dem Arbeitsvertrag aus.
7. Wird die Versorgungszusage von einem außerhalb des Arbeitsvertrages stehenden Unternehmen erteilt, so sind hierauf die Grundsätze entsprechend anzuwenden, die zur Regelung einer mittelbaren Versorgungszusage über eine Unterstützungskasse entwickelt worden sind.
8. Für die Beurteilung der wirtschaftlichen Notlage des Arbeitgebers in § 7 Abs. 1 BetrAVG kommt es lediglich auf die Lage des Arbeitgeber-Unternehmens an. Weder dieses noch der PSVaG haben im Konkurs einen Regreßanspruch gegen den Gesamtkonzern bzw. die Konzernobergesellschaft, falls nicht ein solcher nach allgemeinem Konzerngesellschaftsrecht begründet ist. In einem

solchen Fall ist die wirtschaftliche Lage des Arbeitgeber-Unternehmens durch den Konzernsachverhalt beeinflusst.

9. Nur die Arbeitgeber-Konzerngesellschaft ist gem. § 16 BetrAVG zur Anpassungsprüfung verpflichtet. Hierbei ist - mit Ausnahme des Eingliederungskonzerns - grundsätzlich auf ihre wirtschaftliche Lage abzustellen. Jedoch ist der Konzernsachverhalt im Hinblick auf etwaige Ausgleichsansprüche zu berücksichtigen. Diese können sich insbesondere aus dem Gesichtspunkt der Vertrauenshaftung sowie aus den allgemeinen konzernrechtlichen Ausgleichsansprüchen gem. §§ 302, 309, 311, 317 AktG ergeben.

Weiterhin ist es möglich, die Orientierung der Versorgungsleistung am Konzernergebnis vertraglich zu vereinbaren.

Lebenslauf

Am 17.9.1953 wurde ich, Paul Rudolf Weyer, als drittes Kind des Bundesbahnnamtmanns Franz Weyer und seiner Ehefrau Dorothea, geborene Kassel, in Köln geboren.

Nach der Volksschulzeit von 1960 bis 1964 besuchte ich das Staatliche Dreikönigsgymnasium in Köln, an dem ich am 13.5.1972 das Abitur ablegte.

Nach Ableistung des Grundwehrdienstes begann ich im Herbst 1975 in Köln mit dem Studium der Rechtswissenschaften, das ich anschließend in Erlangen fortsetzte, wo ich am 11.6.1980 die erste juristische Staatsprüfung ablegte. Im Anschluß hieran absolvierte ich meinen Referendardienst im Bereich des OLG Nürnberg und bestand am 20.6.1983 die zweite juristische Staatsprüfung in München. Seitdem übe ich in Nürnberg die Anwaltstätigkeit aus.

Druck: Copy Center 2000
Obere Karlstraße 30
8520 Erlangen